

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

La casación civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Años 1993-1994)

JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY
MARÍA EULALIA AMAT LLARI
Profesores Titulares de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

EL DERECHO CIVIL CATALÁN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

En el transcurso de los años 1993 y 1994 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dictado treinta y siete sentencias que resuelven recursos de casación en materia de derecho civil catalán. De las treinta y siete resoluciones dictadas, veintitrés corresponden a 1993 y catorce a 1994.

Es oportuno poner de manifiesto que de las treinta y siete sentencias dictadas, veintiocho desestiman el recurso de casación interpuesto, cinco lo estiman íntegramente y las cuatro restantes parcialmente.

La reseña de las resoluciones mencionadas consiste, básicamente, en el análisis de las cuestiones de derecho civil catalán que se resuelven en las sentencias que ponen fin a los recursos de casación formulados. Para su estudio y análisis se agrupan las sentencias dictadas en los cuatro bloques siguientes: derecho de obligaciones y contratos, derecho de sucesiones, derechos reales y derecho de familia.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por lo que respecta al derecho de obligaciones y contratos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de resolver las cuestiones que se recogen en las siguientes sentencias:

I.— Sentencia de 8 de febrero de 1993.

Doña Mercedes S.-A. F. c/ F. de la C., S.A.T.

Doña Mercedes S.-A. F. interpuso en 1990 demanda en la que ejercitaba acción de rescisión por lesión «ultra dimidium» con relación a la venta de un bien inmueble celebrada en 1986. La actora basaba su pretensión en el hecho de que el precio que se expresó en la escritura era inferior en más de la mitad al justo precio que correspondía a la finca. Asimismo la actora, al observar que en la escritura aparecía una cláusula de renuncia a la acción de rescisión, postulaba de forma alternativa una acción de nulidad del contrato, con base en una pretendida simulación, al no existir, a juicio de la misma, el elemento esencial del precio en el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia de Tortosa desestima íntegramente la demanda de la actora con imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Tarragona, ésta confirma íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e impone las costas al apelante.

Doña Mercedes S.-A. F. formaliza recurso de casación con fundamento en los siguientes motivos. El primer motivo de casación, con base en el artículo 1.692.3. L.E.C., alega el quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento, por cuanto la prueba de confesión no pudo realizarse al no haber llegado la citación correspondiente a la actora. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza el primer motivo de casación, en primer lugar, por cuanto ninguna referencia se efectúa en segunda instancia a este defecto procesal y, en segundo lugar y a mayor abundamiento, porque del examen de las actuaciones de primera instancia se observa que la citación para la prueba de confesión en juicio se hizo de acuerdo con las formalidades legales.

El segundo motivo de casación se fundamenta al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C., por un pretendido error en la apreciación de la prueba. Considera la parte recurrente que de las pruebas practicadas se deriva que no hubo precio y que, por tanto, existe una clara discrepancia entre la voluntad real y la declarada y, por otra parte, que se trata de una ficción de compraventa que lesiona a la vendedora en cuanto al precio. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que no se denuncia correctamente el error padecido ni se designa con precisión el documento revelador del mismo, según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige los referidos requisitos para que pueda apreciarse el motivo aducido. Asimismo, opina el Tribunal Superior que es difícil compaginar el ejercicio de las acciones en forma alternativa, al incurrir en graves contradicciones en su formulación, como sucede al plantearlo bajo el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El tercer y último motivo del recurso se fundamenta en el ordinal quinto (actual cuarto) del artículo 1.692 L.E.C. y aduce infracción de normas del ordenamiento jurídico catalán (arts. 321 y 323 C.D.C.C.) y de la jurisprudencia. Por lo que respecta a la jurisprudencia alegada, relativa a la nulidad de contrato de compraventa por simulación del precio, validez de las declaraciones efectuadas ante notario y a la divergencia entre la voluntad real y la declarada, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no la considera infringida, ya que la parte recurrente no ha probado los supuestos que la harían aplicable. Por lo que atañe a los artículos presuntamente infringidos, el Tribunal rechaza la argumentación del recurrente, puesto que la sentencia combatida examinó y decidió la inexistencia de lesión en más de la mitad del precio justo. Asimismo, opina el Tribunal Superior que la renuncia a la acción de rescisión por lesión (*cf.* art. 322 C.D.C.C.) sólo es viable después de celebrado el contrato lesivo, aunque en Tortosa y su antiguo territorio pueda efectuarse en el mismo contrato.

La desestimación de todos los motivos lleva aparejada la del recurso de casación con imposición de costas al recurrente.

II.— Sentencia de 22 de marzo de 1993.

F. de M. S.A. *c/* Ramón R.T.

F. de M. S.A. y Ramón R.T. celebraron un contrato de arrendamiento de una nave industrial con una duración de cinco años y con una renta mensual de 120.000 ptas, y otro de opción de compra de la nave, por un plazo de cinco años, a contar desde el 1 de enero de 1986 y por un precio de 24 millones, que se incrementaría en un 5 % si se ejercitaba la opción antes de 1 de enero de 1990.

F. de M. S.A. interpuso demanda contra Ramón R.T. en la que solicitaba que se declarase la validez del contrato de opción de compra y se condenase al demandado a otorgar la escritura de compraventa con la imposición de las costas del juicio.

Don Ramón R.T. se opuso a la demanda y formuló reconvenición en la que suplicaba que se declarase la rescisión de la compraventa por lesión «*ultra dimidium*», sin perjuicio de lo que dispone el artículo 325 C.D.C.C., con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, desestimó en su totalidad la reconvenición y le impuso las costas al demandado.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Girona desestimó el recurso y confirmó en su integridad el fallo de la sentencia de primera instancia, sin imposición de costas al apelante.

Don Ramón R.T. formalizó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia con base en los siguientes motivos: el primero, al am-

paro del artículo 1.692.4 L.E.C., aduce interpretación errónea del artículo 321 C.D.C.C. en relación con las sentencias que se citan del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Barcelona, y el segundo, amparado asimismo en el ordinal cuarto del artículo 1.692, por no aplicación de los artículos 323.2, 325 y concordantes de la Compilación.

Por lo que respecta al primer motivo del recurso, la sentencia impugnada considera que la existencia de lesión y la rescisión han de supeditarse al momento posterior de la suscripción de la escritura pública y transmisión del inmueble y abono de su precio. Ante ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con la sentencia del propio Tribunal de 7 de octubre de 1992, entiende que es necesario deslindar contrato traslativo de dominio de transmisión del mismo. Así mientras que el contrato traslativo es una vocación, una idoneidad o disposición, en cambio, la transmisión es un efecto, y, señala el Tribunal, que para la rescisión por lesión es suficiente el primero. Por tanto, no se requiere ni entrega de la posesión ni efecto transmisivo de la propiedad. A ello añade el Tribunal Superior razones de economía procesal y de tutela judicial efectiva ex artículo 24 C.E. que conducen, junto con las consideraciones anteriores, a la estimación del primer motivo del recurso.

Estimado el primer motivo, debe centrarse el análisis en la existencia o no de lesión en el momento de perfección de la compraventa, esto es, en la fecha en que el vendedor recibe la comunicación del optante ejercitando su derecho. El segundo motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 323.2, 325 y concordantes de la Compilación.

Por lo que respecta a la existencia o no de lesión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima que los dictámenes de la parte recurrente no vienen referidos a datos objetivos o referidos a edificaciones similares de la localidad, tal y como preceptúa el artículo 323.2 C.D.C.C. y que no existen otras pruebas en los autos que apoyen la valoración del recurrente, tendente a poner de manifiesto la lesión en más de la mitad del precio justo. Consecuentemente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al no haberse probado la lesión, desestima el segundo motivo del recurso y el recurso de casación. Por lo que atañe a las costas no se hace imposición especial en el recurso de casación y de acuerdo con lo que dispone el artículo 523 L.E.C. tampoco en las causadas en las instancias.

III.— Sentencia de 1 de junio de 1993.

Don Juan P. V. c/ P.R. S.A.

Don Juan P.V. interpuso demanda contra P.R. S.A., en la que solicitaba que se condenara a P.R. S.A. al pago de las cantidades correspondientes derivadas del contrato de compraventa de maquinaria

(1.717.000 ptas.), vencidas en el momento de la interposición de la demanda, más los intereses legales y de demora desde el impago o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda; que se condenase a P.R. S.A. al pago de las cantidades correspondientes al contrato de compraventa que se devenguen a partir de junio de 1990; que se declare que la compraventa es nula, ya que el precio es inferior a la mitad del valor justo y se obligue a P.R. S.A. a la restitución de las fincas contra entrega de la cantidad percibida, más los frutos e intereses devengados; que se ordene que otorgue la pertinente escritura pública y, para el caso de que se evite la rescisión mediante el pago del complemento del precio, se le exija el pago de intereses de la citada cantidad desde la consumación del contrato, y, que se condene a P.R. S.A. al pago de 1.200.000 ptas. que se adeudan al actor como secretario del Consejo de Administración, así como los intereses legales y de demora de la citada cantidad. También solicitaba el demandante la imposición de las costas si la oposición del demandado devenía temeraria o de manifiesta mala fe.

La demandada se opuso a la demanda solicitando que se desestimase la demanda y se absolviera al demandado, con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estimó parcialmente la demanda y condenó a P.R. S.A. a abonar la cantidad reclamada de 1.717.000 ptas., más los intereses legales desde la interposición de la demanda y las mensualidades vencidas y no satisfechas, así como la cantidad de 1.200.000 ptas., más los intereses legales desde la interposición de la demanda, por el cumplimiento de su cargo en el Consejo de Administración. El resto de pretensiones fueron rechazadas, abonando cada parte las costas causadas a su instancia y siendo las comunes por mitad.

El actor interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la resolución de instancia.

Formalizado recurso de casación, éste se fundamenta en cinco motivos. Téngase presente que en el caso enjuiciado se trata de una finca sita en Aragón, no obstante ser las partes de vecindad civil catalana, y que los cinco motivos del recurrente se dirigen a defender la aplicación de las normas relativas a la rescisión por lesión de la Compilación de derecho civil de Cataluña.

Los dos primeros motivos de casación aducen infracción del artículo 10.5, en relación con el 16.1. y 10.9 del Código civil. La parte recurrente sustenta que la acción de rescisión por lesión «ultra dimidium» tiene su origen en una obligación legal y no contractual y que, por tanto, el conflicto de derecho interregional ha de resolverse según el artículo 10.9 y no conforme al 10.5 del Código civil. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza los dos motivos, puesto que entiende que no se trata de una obligación legal, sino que es una facultad deri-

vada de los contratos de carácter oneroso relativos a bienes inmuebles que permite al enajenante, que haya sufrido lesión en más de la mitad del precio justo, rescindirlos pese a que concurren todos los requisitos necesarios para su validez. En consecuencia, al ser de aplicación el artículo 10.5 C.c., se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles, en defecto de sometimiento expreso, la ley del lugar donde están situados. En ese sentido, el Tribunal Superior acoge la solución que ya dictó el TS en sentencia de 8 de junio de 1874, 7 de julio de 1879 y 9 de noviembre de 1904, así como el propio Tribunal Superior en sentencia de 7 de octubre de 1991.

Los restantes tres motivos de casación se fundamentan en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., por pretendida infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables y se invocan como infringidos los artículos 321 y 322 C.D.C.C. y 1.290 del Código civil. Como es de ver, en la resolución de los dos primeros motivos de casación quedó de manifiesto la no aplicación al presente supuesto de la Compilación, con lo que los presentes motivos son desestimados.

El rechazo de todos los motivos de casación lleva aparejada la desestimación del mismo y la imposición de las costas al recurrente, según lo dispuesto en el artículo 1.715 L.E.C.

IV.— Sentencia de 5 de octubre de 1993.

Suzanne I.L. c/ Ferran M.C. y otros.

El marido de la actora, que ostentaba plenos poderes que ésta le otorgó en 1977, procedió en 1987 a la venta en favor de los demandados de dos viviendas y tres plazas de garaje. El mismo día los propios otorgantes suscribieron documentos privados por los que los compradores vendían a la actora las mismas fincas que ésta les había vendido.

En 1990, Suzanne I.L. presentó demanda de juicio ordinario de menor cuantía en la que ejercitaba acción de rescisión por lesión «ultra dimidium», y con carácter subsidiario acción de recompra de las fincas citadas, con base en los citados documentos privados. Los demandados contestaron a la demanda y sostuvieron que el precio satisfecho era el normal de mercado y que se había abonado además de la cantidad que figuraba en la escritura otras cantidades.

En 1988 los demandados habían presentado una demanda contra la hoy actora, en la que solicitaban que fuesen declarados resueltos los contratos de compraventa, formalizados en documento privado, por cuanto la compradora los había incumplido al no pagar el precio.

Ambas demandas fueron acumuladas. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1991 por la que estimaba ínte-

gramente la demanda y declaraba rescindidos los contratos de compraventa y la nulidad de la inscripción registral a nombre de los demandados, ordenando la cancelación registral. Asimismo, condenó a los demandados a restituir a la actora el pleno dominio de las fincas citadas y a abonar los frutos y rentas producidos desde la reclamación judicial. Reconoció también el Juzgado que los demandados ostentaban la facultad conferida por el artículo 325 C.D.C.C., y que en el plazo de 30 días desde la firmeza de la sentencia podían evitar la rescisión si abonaban las sumas que representaba la diferencia entre el importe satisfecho y el precio justo, más el interés legal de las cantidades desde el 13 de mayo de 1987, fecha en la que se procedió a la venta en favor de los demandados.

Por Auto de 1991 se aclaró la sentencia y se añadió a la parte dispositiva la desestimación de la demanda interpuesta por los que después serían demandados y la estimación de la reconvencción entonces formulada por la hoy actora.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó en 1993 la sentencia de primera instancia, con la excepción de la no imposición de costas a los demandados, puesto que consideró que la estimación de la pretensión de la parte actora era parcial y no total.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se formalizó recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El primer motivo de casación se formula con base en una pretendida infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuese aplicable para resolver las cuestiones debatidas y, en concreto, de los artículos 321.1 y 323.2 C.D.C.C. El citado motivo resulta rechazado puesto que, a juicio del Tribunal, lo que pretende con él el recurrente es que se efectúe una nueva valoración de la prueba y, de acuerdo con la jurisprudencia existente sobre la materia, la determinación del precio justo es una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los órganos jurisdiccionales de instancia, que forman su convicción valorando el conjunto de las pruebas practicadas.

El segundo motivo de casación se formula como dependiente del primero, por la supuesta infracción del artículo 1.124 del Código civil, con referencia al contrato de recompra. Rechazado el primer motivo de casación, no ha lugar a analizar este segundo que se formula como dependiente del primero.

El tercer motivo de casación se basa en la pretendida infracción de los artículos 324 C.D.C. y 1.295 Cc., respecto a las consecuencias de la rescisión por lesión «*ultra dimidium*». La sentencia de primera instancia, confirmada por la de la Audiencia, condena a la parte compradora a restituir el pleno dominio de los bienes que adquirió y al abono de los frutos y rentas desde la reclamación judicial, pero no señala la obligación de la parte vendedora de devolver a los compradores el precio satisfecho con los intereses a contar desde la interposición de la de-

manda y el importe de los gastos extraordinarios de conservación o refacción y las mejoras útiles.

Considera el Tribunal Superior de Justicia que esta incongruencia «infra petita» es más aparente que real, puesto que la devolución del precio con sus intereses constituye un efecto «ipso iure» de la rescisión por lesión en el supuesto de que los compradores no opten por completarlo, y que, además, no es preciso que esta obligación conste de forma expresa en la parte decisoria de la sentencia. No obstante, entiende el Tribunal Superior que un pronunciamiento que recoja este efecto contribuye a la claridad y precisión de la sentencia y podía haber sido obtenido por medio del recurso de aclaración. En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por razones de economía procesal y sin necesidad de casar la sentencia, considera conveniente completar la parte dispositiva de la sentencia en la línea antes indicada.

El cuarto y último motivo denuncia la violación del artículo 325 C.D.C.C., con la pretensión de evitar el abono de los intereses si la parte demandada decide abonar el complemento y evitar la rescisión. La argumentación descansa en el hecho de que los recurrentes no han tenido la posesión de los bienes que adquirieron y que la exigencia de intereses deviene una contraprestación injusta. El motivo es desestimado, en primer lugar, porque se trata de una cuestión nueva, cuya resolución situaría en indefensión a la parte recurrida y, en segundo lugar, porque el complemento del precio que evita la rescisión forma parte del precio justo que debió ser abonado en el momento en que se satisfizo el precio del contrato y este retraso en el pago es el que justifica la exigencia de los intereses que la norma señala. Por otra parte, la cuestión de la posesión es relevante para el cumplimiento de lo que disponen los artículos 324 C.D.C.C. y 1.295 Cc.

La desestimación de los motivos de casación conduce al rechazo del recurso, con la imposición de las costas a los recurrentes.

V.— Sentencia de 9 de noviembre de 1993.

V.M.S.A. c/ Margrit I.B.

V.M.S.A. interpuso demanda contra Margrit I.B. en la que suplicaba que se declarase ejercitado el derecho de opción de compra sobre un local comercial sito en Barcelona y que se condenase a la demandada a otorgar la escritura de compraventa por el precio señalado en la opción y a entregar la finca.

Margrit I.B. interpuso demanda contra V.M.S.A. en la que solicitaba la rescisión por lesión «ultra dimidium» del derecho de opción de compra otorgado a V.M.S.A., o, en su caso, la del contrato de compraventa, consecuencia del ejercicio de la opción, con la cancelación de la inscripción registral.

Ambos pleitos fueron acumulados y el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estimó la demanda de Margrit I.B. y rechazó las pretensiones de la sociedad demandada.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y consideró viables las pretensiones de la demanda de V.M.S.A., por lo que entendió correctamente ejercitado el derecho de opción y condenó a Margrit I.B. al otorgamiento de escritura pública de compraventa y a las costas de primera instancia.

Formalizado recurso de casación, Margrit I.B. aduce como motivos del recurso los siguientes. El primero, amparado en el ordinal cuarto del artículo 1.692 LEC, denuncia por inaplicación el artículo 1.450 en relación con el 1.278 del Código civil, así como la jurisprudencia aplicable al supuesto.

La sentencia recurrida rechaza la posibilidad de rescisión por lesión puesto que al tratarse de una opción de compra, sin otorgamiento sucesivo de compraventa, considera que no hay causa de lesión. Según la sentencia de la Audiencia Provincial, en tanto no se otorgue la venta no se produce la desproporción en el precio y, por tanto, para probar la rescisión será necesario un nuevo pleito.

Para el Tribunal Superior, de acuerdo con lo que disponen los artículos 321, 322, 323.2 C.D.C.C., la acción de rescisión por lesión nace desde la perfección del contrato y no desde la consumación del mismo (SSTS.J.C. de 7 de octubre de 1991 y de 22 de marzo de 1993). En consecuencia, es posible discutir en un mismo pleito, por una parte, la existencia de una compraventa como corolario de un derecho de opción y, por otra parte, la posibilidad de rescindir por lesión la opción si reúne las condiciones que exige el artículo 321 C.D.C.C. Asimismo cabe añadir a las citadas argumentaciones, el principio de economía procesal y el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas. Todo ello conduce a la estimación del primer motivo del recurso y a considerar no extemporáneo el ejercicio de la acción de rescisión por lesión «*ultra dimidium*».

El segundo de los motivos denuncia también infracción, por interpretación errónea, del artículo 321.1. C.D.C.C. y de la jurisprudencia del T.S. y del T.S.J.C. El motivo del recurso se orienta a combatir la necesidad de la tradición como requisito necesario para el nacimiento de la rescisión por lesión. Tratada, con anterioridad, esta circunstancia por el Tribunal Superior, se estima también el segundo motivo del recurso.

Estimado el recurso de casación, de acuerdo con lo que previene el artículo 1.715.3 L.E.C., el Tribunal Superior de Justicia debe resolver lo que corresponda y, en ese sentido, aprecia que la valoración efectuada en la instancia de la prueba pericial contraviene las reglas de la sana crítica y que, no obstante aceptar los datos del dictamen, excluido lo

que se ha computado de más, no se supera el doble del valor señalado para la venta y, por consiguiente, no existe lesión «ultra dimidium».

Por todo ello, se procede a desestimar la demanda en que se solicitaba la rescisión y estimar la demanda formulada por V.M.S.A., confirmando la resolución de la Audiencia, sin efectuar pronunciamiento en cuanto a las costas de la instancia ni del recurso.

VI.— Sentencia de 23 de diciembre de 1993.

Ramón C.C. c/ Edificio C.S.A. y otros.

Don Ramón C.C. interpuso demanda contra Edificio C.S.A. y otros, en la que solicitaba que se condenara a la parte demandada a cumplir el contrato celebrado el 1 de agosto de 1987 a cambio del precio convenido y a la pública transmisión y desalojo del inmueble sito en Barcelona. Los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvenición en la que solicitaban que se declarase la existencia de lesión en más de la mitad del precio justo.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1991, según la que se desestimaba la demanda y la reconvenición, puesto que entendía el Juzgado que no podía existir lesión al ser nulo el contrato de compraventa celebrado en 1987 entre las partes.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993, en la que estimaba el recurso de apelación formulado por algunos de los demandados y entendía que el precio era lesivo y que la venta debía quedar rescindida. En cuanto al recurso de apelación formulado por la actora la Audiencia lo desestimó.

Don Ramón C.C. formuló recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, basado en cuatro motivos de casación.

El primer motivo del recurso aduce quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que produce indefensión. El Tribunal Superior rechaza este motivo por un planteamiento incorrecto del mismo, esto es, porque no se especifica en el encabezamiento del recurso cuál es la norma procesal que se ha podido vulnerar.

El segundo motivo del recurso es desestimado no sólo porque incurre en el mismo defecto que el primero, sino también porque al fundamentarse en una pretendida infracción de las normas reguladoras de la sentencia no se puede vulnerar el artículo 632 L.E.C., puesto que éste no contiene ninguna norma reguladora de la sentencia y que, en todo caso, debería haberse formulado con base en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C.

El tercer motivo del recurso se basa en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C. y denuncia una pretendida infracción de las normas del ordenamiento jurídico al rescindirse el contrato de compraventa. El motivo es

rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no sólo porque incurre en el mismo defecto técnico que los dos anteriores, sino porque no se indica la norma del ordenamiento jurídico vulnerado y además porque se pretende una nueva valoración probatoria.

El cuarto motivo de casación se formula al amparo del artículo 1.692.3 L.E.C. y aduce infracción de las normas que regulan las sentencias. El Tribunal Superior acoge este motivo de casación por cuanto considera conculcado el artículo 873 L.E.C., en lo referente a la aplicación del principio del vencimiento objetivo atenuado en materia de costas en la apelación. En ese sentido, entiende el Tribunal Superior que no se ha confirmado o agravado la sentencia de instancia (*cf.* arts. 710.2 y 873.2 L.E.C.) para que pueda aplicarse el principio del vencimiento objetivo.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima parcialmente el recurso de casación y no efectúa imposición de costas en la casación.

VII.— Sentencia de 9 de febrero de 1994.

Juan A.S. y Carmen A.C. c/ Juan A.C.

Los consortes Juan A.S. y María C.P. tuvieron tres hijos: Juan, Carmen y Magdalena. Juan A.S. otorgó testamento notarial, en 1983, en el que instituyó heredero a su hijo Juan A.C. y ordenaba legados en favor de sus hijos, en pago de su legítima y de su esposa. En 1986 Juan A.S. donó en escritura pública una finca a su hijo Juan A.C. con reserva del usufructo vitalicio en favor del donante y de su esposa. La citada donación no se inscribió en el Registro de la Propiedad.

En 1987 y 1988 se segregan de la finca donada unas parcelas que son vendidas. Juan A.S. otorgó como vendedor las escrituras públicas de compraventa, al aparecer como titular registral.

En 1989, Juan A.S. atribuyó poderes a su hijo Juan A.C. y éste, haciendo uso de los mismos, en 1990 otorgó una escritura pública de segregación de una parcela de la finca matriz, objeto de la donación, y una segunda escritura pública de constitución de hipoteca sobre la finca segregada.

En 1990 Juan A.S. atribuyó la nuda propiedad de la finca objeto de la donación a su hija Carmen A.C. y el usufructo vitalicio en favor de su esposa María C.P.

Don Juan A.S. promueve en 1990 demanda contra sus padres y su hermana Carmen, en la que solicita que se declare que la donación otorgada en su favor es perfecta, válida y eficaz, que las escrituras de venta que Juan A.S. celebró en 1990 son nulas y que se proceda a la cancelación de las inscripciones y asientos registrales que motivaron.

La esposa y la hija se opusieron a la demanda y alegaron falta de litis-consorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados los compradores de las parcelas que las adquirieron con posterioridad a la donación; que la donación se hizo con las características de ser revocable y modificable, al participar de los caracteres de los negocios *mortis causa* y que, por ello, el donante seguía siendo propietario y efectuó actos dispositivos. Asimismo formuló reconvencción en la que suplicaba que se condenara al actor a rendir cuentas de los actos efectuados como apoderado. Juan A.C. se opuso a la reconvencción y solicitó que fuera desestimada.

El Juzgado de Primera Instancia de Martorell dictó sentencia en 1991 en la que estimaba en parte la demanda reconvenccional. El actor interpuso recurso de apelación y la Audiencia de Barcelona dictó sentencia en 1992, en la que declaraba que la donación efectuada era perfecta, válida y eficaz y que las escrituras de compraventa del esposo en favor de su esposa y de su hija eran nulas, así como los asientos registrales con base en las mismas.

Don Juan A.S. y Carmen A.C. formularon recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo dictó Auto en 1992 según el cual consideraba que era el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el competente para resolver el presente recurso de casación.

El citado recurso de casación se fundamenta en cuatro motivos de casación. El primer motivo, al amparo del ordinal tercero del artículo 1.692 L.E.C., aduce infracción del artículo 359 L.E.C. porque considera que no se resuelven de forma expresa todas las cuestiones objeto de la *litis*. El Tribunal Superior rechaza el motivo y estima que la sentencia combatida no ha incurrido en incongruencia, ya que solamente tendría que resolver la Sala de instancia la petición de la reconvencción sobre rendición de cuentas, si considerase la donación como *mortis causa*.

El segundo motivo, con amparo en el artículo 1.692.4. L.E.C., alega infracción de los artículos 1.281.2, 1282 y 1283 del Código civil y jurisprudencia aplicable. El Tribunal Superior entiende que, según reiterada jurisprudencia, la interpretación de los contratos es función privativa de los organismos jurisdiccionales de instancia y que, en todo caso, del examen de los actos anteriores y posteriores de las partes se llega a la misma conclusión que la sentencia de la Audiencia, esto es, a la no consideración de la donación como *mortis causa*.

El tercer motivo de casación, fundado asimismo en el artículo 1.692.4. L.E.C., se basa en la supuesta infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al silencio como declaración de voluntad y a la doctrina de los actos propios. El Tribunal Superior desestima el tercer motivo puesto que entiende que el silencio del donatario no significa consentimiento de los actos dispositivos del donante y tampoco constituye una actuación contra los propios actos por cuanto no existe una contradicción entre la conducta anterior del interesado y la posterior pretensión ejercitada.

El cuarto y último motivo de casación, amparado asimismo en el artículo 1.692.4 L.E.C., denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 245, 246 y 247 C.D.C.C., referidos a las donaciones por causa de muerte, al considerar que la donación efectuada en 1986 no es una donación inter vivos, sino por causa de muerte. El Tribunal Superior señala que la donación por causa de muerte es aquella donación efectuada en consideración a la premoriencia del donante al donatario y que se puede otorgar por una doble vía: donar y conservar el donante la propiedad de lo donado, que sólo lo adquirirá el donatario si el donante le premuere, o bien que el donatario adquiera inmediatamente la propiedad, pero con la obligación de restituir al donante si éste sobrevive (*cf.* art. 246.3. C.D.C.C.). En todo caso, el Tribunal Superior afirma que la *contemplatio mortis* ha de aparecer siempre en este tipo de donaciones y que este requisito estructural y esencial no aparece en la escritura de donación de 1986. Por otra parte, la reserva de usufructo en favor del donante y de su esposa revelan, a juicio del Tribunal, la voluntad del donante en pos de la adquisición de la propiedad por el hijo.

El rechazo de todos los motivos de casación conduce a la desestimación total del recurso de casación y a la imposición de las costas al recurrente.

VIII.— Sentencia de 24 de febrero de 1994.

Or. S.A. c/ Francisco T.P. y Francisco M.^a T.C.

Los consortes Francisco T.P. y Montserrat C.X., por una parte, y Ramón S.E., por otra, otorgaron escritura pública de opción de compra en 1985 en favor de éste último. En 1987 se otorgó nueva escritura pública de opción de compra entre los contratantes. En 1989 don Francisco T.P. y su hijo, como hijo y heredero de Montserrat C.X., por una parte, y don Ramón S.E. y Joaquín C.H., en nombre y representación de Or., S.A., por otra parte, firmaron un documento privado en el que se convino que don Ramón S.E. ejercitaba la opción de compra, que don Francisco T.P. y Francisco T.C. aceptaban el ejercicio de la opción y consideraban perfeccionada la compraventa y que don Ramón S.E. cedía los derechos derivados de la opción a Or., S.A.

En 1989 Or., S.A. dirigió un requerimiento notarial a los propietarios de la finca a fin de llevar a cabo la escritura pública de venta. Francisco T.C. contestó, asimismo por conducto notarial, y señaló su voluntad de no otorgar escritura pública puesto que consideraba que existía lesión en más de la mitad del precio justo.

Or., S.A. formuló demanda contra Francisco T.P. y Francisco T.C., en la que solicitaba que se condenase a los demandados a cumplir el documento privado de 1989. Los demandados se opusieron y formularon reconvencción en la que solicitaban que se declarase la rescisión por lesión.

Con posterioridad, Francisco T.C. y Francisco T.P. formularon demanda contra Or., S.A. con las mismas peticiones que la reconvencción y alegaron que el procedimiento adecuado no era el juicio de menor cuantía por razón de la cuantía de la reconvencción. Or., S.A. contestó a la demanda con los mismos motivos que adujo frente a la reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992, respecto de los pleitos acumulados, en la que condenaba a Francisco T.P. y Francisco T.C. a cumplir el contrato de compraventa de 1989, al tratarse de una compraventa mercantil, no susceptible de ser rescindida por lesión.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993 en la que revocaba la de primera instancia y declaraba rescindido el contrato de compraventa.

Or., S.A. formalizó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia con base en cinco motivos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró oportuno diferenciar entre la perfección del contrato de compraventa y su consumación o ejercicio, a fin de determinar la existencia o no de lesión. Para ello, de acuerdo con los criterios de interpretación de los contratos y con la jurisprudencia constante que considera que para calificar un contrato hay que atenerse a su contenido y no a la denominación de las partes, el Tribunal Superior entiende que en el primitivo contrato de 1985 ya se celebró una compraventa de ejecución diferida. Por consiguiente, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 323.2. C.D.C.C., ese es el hito temporal en el que se otorgó un contrato con finalidad traslativa relativo a un inmueble. Además, de la valoración de las pruebas practicadas resulta que en ese momento el precio convenido coincidía esencialmente con el valor en venta de la finca. Todo ello determina la inexistencia de lesión en más de la mitad del precio justo.

La estimación de este motivo de casación, por inexistencia de lesión en más de la mitad del precio justo, origina la innecesariedad del examen de los demás motivos de casación, puesto que todos ellos se dirigen a combatir la existencia de lesión.

Estimado el recurso de casación, el Tribunal Superior casa la sentencia de la Audiencia y declara que desestima la demanda de rescisión por lesión y estima la demanda de Or., S.A. contra don Francisco T.C. y Francisco T.P., condenándoles a cumplir el contrato de 1989, con imposición de las costas de primera instancia.

IX. Sentencia de 7 de marzo de 1994.

Lydia E.M. c/ T.S.A.

Doña Lydia E.M. interpuso demanda contra T.S.A. en la que solicitaba que se declarase que sufrió lesión en más de la mitad del precio

justo de la finca vendida. El demandado se opuso y solicitó que se desestimase la demanda. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992 en la que desestimaba la demanda.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993 por la que rechazaba el recurso de apelación y confirmaba la sentencia de instancia.

Doña Lydia E.M. formalizó recurso de casación basado en seis motivos de casación.

Por lo que se refiere al primer motivo de casación, en el que se aduce, al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C., infracción del artículo 323.2 C.D.C.C., el Tribunal Superior lo rechaza porque entiende que la sentencia combatida sí se atiene al precio de mercado para resolver el pleito.

El segundo motivo de casación, con base también en el artículo 1.692.4. L.E.C., denuncia infracción del artículo 1.253 C.C. Afirma el Tribunal Superior que este motivo también ha de ser desestimado puesto que el tribunal de instancia no se apoya en ninguna presunción para fijar el precio justo de la finca registral.

El tercer motivo del recurso, con base en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., denuncia infracción del artículo 1.243 C.c. en relación con el artículo 632 L.E.C. y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1990 y de 15 de octubre de 1991. El Tribunal Superior rechaza también este motivo por cuanto si la valoración probatoria no es contraria a la verdad o a la lógica, ni ilegal o absurda, no puede en el recurso de casación volverse a valorar la actividad probatoria.

Los restantes motivos de casación son igualmente desestimados. El cuarto, que aduce infracción del artículo 321.1. C.D.C.C., con base en el artículo 1.692.4. L.E.C., puesto que no contiene, a juicio del Tribunal Superior, fundamento que permita observar de que forma se ha podido conculcar el citado precepto. El quinto, amparado en el artículo 1.692.3 L.E.C., aduce una supuesta infracción del artículo 359 L.E.C. y señala que la sentencia impugnada no reviste la claridad necesaria. El Tribunal Superior afirma que acoger un determinado dictamen pericial en detrimento de otro no integra el vicio denunciado. Por último, el sexto motivo de casación, al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C., alega una pretendida infracción del artículo 1.281.1 C.c. El Tribunal Superior desecha este motivo porque no aprecia la concurrencia de ninguna interpretación contractual con trascendencia para el fallo.

El rechazo de todos los motivos de casación conduce a la desestimación del recurso y a la imposición de las costas a la parte recurrente.

X.— Sentencia de 22 de diciembre de 1994.

José Carlos, Antonio y Ricardo P.M. c/ Antonio P.N.

Doña Elisa M.L. y don Antonio P.N. celebraron en 1985 un contrato de compraventa de una finca sita en Barcelona. Se siguió juicio declarativo de menor cuantía a instancia de doña Elisa y sus herederos, José Carlos, Antonio y Ricardo P.M. contra don Antonio P.N., en el que se solicitaba la rescisión por lesión del citado contrato.

La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción en la que pretendía que se condenase a la actora al pago de cantidad más los intereses legales desde la reclamación judicial y que se impusieran las costas a la actora.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en 1992, en la que estimó parcialmente la reconvencción y condenó a los herederos de Elisa M.L. al pago de cantidad más los intereses legales desde la fecha de la resolución, así como a la imposición de costas a la parte actora.

Interpuesto recurso de apelación por los herederos, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1994 en la que estimaba parcialmente el recurso de apelación y disminuía la cantidad a abonar por los herederos, obligando a éstos a abonar las cuotas de comunidad de un concreto lapso temporal y determinando como inicio del devengo de los intereses legales de las cantidades reclamadas el de la fecha de la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial no estableció pronunciamiento condenatorio sobre las costas de primera y segunda instancia.

La representación de los herederos formalizó recurso de casación con base en dos motivos: el primero, al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., que aduce infracción de los artículos 609 y 632 L.E.C. en relación con el 1.243 C.c., y el segundo, con base en el mismo ordinal, señala interpretación errónea y/o inaplicación de los artículos 321.1 y 323.2. C.D.C.C.

Los recurrentes sustentan que la sentencia de la Audiencia no aplica el artículo 321.1 C.D.C.C. El Tribunal Superior afirma que si los tribunales de instancia consideran que no se ha producido lesión no se produce una infracción del artículo 321 C.D.C.C.

En cuanto a la infracción del artículo 323.2, por interpretación errónea, opina el Tribunal Superior que no cabe acudir a criterios diferentes al valor en venta para determinar el precio justo. No obstante, para determinar el precio de mercado no pueden omitirse las circunstancias que concurren en la finca. Y ello vale no sólo para las características físicas del inmueble (situación, antigüedad y sistema constructivo) sino también las jurídicas (ocupado por arrendatarios que pagan rentas muy bajas con derecho a prórroga forzosa, subrogaciones y traspasos). Afirma el Tribunal Superior que **«es notorio que las fincas que tienen**

ocupantes de esta categoría sufren una fuerte depreciación en el mercado inmobiliario, que es imprescindible tener en cuenta para determinar el valor en venta real, no el basado en la hipótesis de que pudieran hallarse libres».

Por último, respecto al pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba, el Tribunal Superior establece, en primer lugar, que a los dictámenes extraprocerales aportados al juicio por las partes no les puede ser atribuido el carácter de prueba pericial y, en segundo lugar, que es conocida la doctrina jurisprudencial que señala que la apreciación y valoración de la prueba pericial incumbe a la instancia y que su criterio tan solo es revisable en casación cuando sea notoriamente irracional o no ajustado a las directrices de la lógica (S.T.S. de 20 de noviembre de 1993).

El rechazo de todos los motivos del recurso lleva aparejado la desestimación de éste, con la imposición de las costas al recurrente.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE SUCESIONES.

I.— Sentencia de 7 de enero de 1993.

Juan Enrique M.C. c/ Juan E.F., Juan, Natividad, Margarita y Montserrat F.E. y Juana V.F.

El 14 de enero de 1988 falleció doña Francisca L.F. Con posterioridad, don Juan Enrique M.C. halló un documento manuscrito, denominado «El meu testament» que contenía disposiciones de última voluntad con tachaduras, entrerrenglonados y añadidos sin que ninguno de ellos apareciese salvado.

Don Juan Enrique M.C. intentó protocolizar el documento como testamento ológrafo. Rechazada esa pretensión, interpuso demanda para que se declarase que el documento constituía un testamento ológrafo, subsidiariamente fuera considerado como codicilo y, en su defecto, se declarase que el documento contenía legados para después de la muerte de la testadora en favor de las personas en él designadas.

El Juzgado de Primera Instancia de Reus desestimó la demanda y señaló que el documento no podía valer como testamento ológrafo, por cuanto no estaban salvadas las disposiciones tachadas, enmendadas e interrenglonadas, tal y como dispone el artículo 688 del Código civil.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Tarragona confirmó la sentencia de primera instancia.

El actor formuló recurso de casación fundado en ocho motivos, todos ellos al amparo del artículo 1.692.4. L.E.C.

Los dos primeros motivos de casación denuncian la infracción del artículo 688.3 C.c. y de la jurisprudencia que lo interpreta. La jurisprudencia considera que todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 C.c. tienen el carácter de esenciales y que son indispensables para la validez del acto. No obstante, por excepción no anulan el testamento pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten a elementos básicos de la disposición.

Asimismo, considera el Tribunal Superior que es reiterada la doctrina del propio Tribunal que considera que es competencia de la Sala sentenciadora, como cuestión de hecho, observar si en el otorgamiento de los testamentos se han observado las formalidades establecidas. La sentencia de la Audiencia no infringe la jurisprudencia antes expuesta, puesto que las tachaduras, enmiendas y entrerrenglonados son extensos e importantes.

El tercer motivo del recurso aduce infracción del artículo 750 C.c., que declara la nulidad de toda disposición en favor de persona incierta, a no ser que por algún evento pueda resultar cierta. El motivo se rechaza porque la cláusula a la que podría aplicarse el artículo 750 C.c. aparece tachada y no salvada.

El cuarto motivo del recurso denuncia infracción del artículo 675.1 y 1.284 C.c., así como del principio del favor testamenti según la jurisprudencia que se cita. El motivo resulta rechazado porque el Tribunal Superior afirma que la interpretación de las cláusulas testamentarias corresponde al tribunal de instancia y sólo en casos extraordinarios al tribunal de casación.

El quinto motivo de casación señala una pretendida infracción del artículo 131 del Código de Sucesiones por causa de muerte de 30 de diciembre de 1991. Se rechaza el motivo puesto que el C.S. no es de aplicación al supuesto enjuiciado.

Los tres restantes motivos de casación denuncian la infracción del artículo 110 C.D.C.C. y de forma alternativa y subsidiaria la de los artículos 105.1 y 106 C.D.C.C. Afirma el Tribunal Superior que el documento suscrito por la causante no tiene validez como testamento, pero es que además no contiene institución de heredero. Asimismo los defectos del documento autógrafo le impiden valer como codicilo (*ex arts. 105 y 106 C.D.C.C.*) puesto que los codicilos han de reunir las mismas solemnidades que los testamentos.

El rechazo de todos los motivos provoca la desestimación del recurso, así como la imposición de las costas del mismo al recurrente.

II. Sentencia de 8 de junio de 1993.

Ramona S.R. c/ Teresa B.S.

Don Juan S.R., viudo, contrajo matrimonio con doña María Teresa B.S., el 3 de julio de 1985. El 4 de septiembre del mismo año tuvo lugar una

disputa conyugal, en virtud de la que la esposa ordenó al marido abandonar el piso y no volver al mismo.

Don Juan S.R. otorgó testamento el 22 de julio de 1987, en el que instituía herederos a sus hermanos Ramona y José S.R.

El 13 de enero de 1989 doña María Teresa B.S. interpuso demanda de incapacitación de su marido. El 27 de julio de 1989 falleció el marido.

Doña Ramona S.R., como heredera de don Juan S.R., interpuso demanda en la que solicitaba que se declarase que la demandada no tiene derecho a reclamar la cuarta viudal ni el año de luto en la herencia de su marido, al faltar el requisito de la convivencia de los consortes en el momento del fallecimiento de uno de ellos. Doña María Teresa B.S. se opuso y formuló reconvencción en la que solicitaba que se declarase su derecho a reclamar el año de luto y la cuarta viudal.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1990 en la que desestimaba la demanda y estimaba la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona en 1993 confirmó la sentencia de instancia.

Contra la resolución de la Audiencia, la actora formula recurso de casación, fundado en un único motivo de casación, amparado en el artículo 1.692.4 L.E.C., en el que denuncia infracción de los artículos 24 y 25 C.D.C.C. relativos al año de luto; artículos 147 y 148 C.D.C.C. respecto a la cuarta viudal y artículo 254 C.D.C.C. por lo que atañe a la indignidad sucesoria de la viuda. Argumenta la parte recurrente que no concurren los presupuestos para exigir los beneficios viudales y, en segundo lugar, la existencia de un presupuesto particular como es la vida en común de los cónyuges. Respecto a este segundo aspecto, sólo se discute en casación si, a la muerte del marido, los consortes estaban separados de hecho o no. La sentencia de apelación declara probado que existió reconciliación y que la vida en común se restableció durante más de un año antes de la muerte del marido. El Tribunal Superior rechaza el motivo, por cuanto la parte recurrente desea una nueva valoración de la prueba y ello es improcedente en casación, excepto por la vía del error de derecho, que requiere la mención del precepto infringido y la conclusión absurda, inverosímil o falta de racionalidad o lógica. Hipótesis excepcionales que no concurren en el presente supuesto.

Alega asimismo la parte recurrente la infracción del artículo 24 C.D.C.C., porque las sentencias de instancia no toman en consideración que la viuda ocupa una vivienda de la que ya era titular y que la concesión del año de luto beneficiaría a la viuda con unos ingresos complementarios a los suyos, siendo éstos de por sí suficientes. Además sustenta la existencia de una causa de indignidad y, por tanto, la infracción del artículo 254 C.D.C.C., al haber el consorte supérstite injuriado gravemente a su consorte difunto.

Respecto de la primera infracción alegada, el Tribunal Superior rechaza este aspecto del recurso de casación, porque según el artículo 24 C.D.C.C. el año de luto atribuye al consorte superviviente el derecho de habitar toda la vivienda conyugal y de ser alimentado a cargo del patrimonio del premuerto y estas facultades derivan de un doble presupuesto: situación de viudedad y régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Por lo que atañe al segundo aspecto, la sentencia de apelación señala que no se ha acreditado la causa de indignidad y ello no se impugna adecuadamente en casación. Anade también el Tribunal Superior que la reconciliación negaría eficacia a la pretendida causa de indignidad, puesto que según el artículo 758 C.c. (vigente en Cataluña al abrirse la sucesión de que se trata) la capacidad del heredero se califica a la muerte del causante y si, en aquel momento, se había restablecido la vida en común no concurriría ninguna causa de indignidad.

III.— Sentencia de 19 de julio de 1993.

Ramón S.G. c/ Marta T.S. y otros.

El 7 de junio de 1934 don Modesto S.C. otorgó testamento en el que dejó a sus catorce hijos lo que por legítima les correspondiera y estipuló la siguiente cláusula: «de mis restantes bienes, muebles e inmuebles, cédulas, valores, derechos y acciones presentes y futuras, nombro e instituyo por mi heredero universal a mi hijo José S. y G., disponiendo que si éste me premuriese o falleciese después que yo, sin dejar, ni en uno ni en otro caso, hijo legítimo alguno, le sustituyan los hijos antes nombrados que en aquel entonces no hubiesen tomado estado religioso, o sea, entrado en religión, y mi nuera Ramona S. y A., por partes iguales entre todas ellas, con la condición empero de que mi nombrada hija política perderá la parte de mi herencia que hubiese adquirido desde el día en que contrajere segundas nupcias, cuya parte acrecerá a mis hijos y herederos en aquel entonces existentes, en porciones iguales».

Fallecido el testador, el instituido heredero aceptó la herencia y falleció en 1990. En su testamento de 1989 prelega a su hija adoptiva doña María T.S., en pleno dominio, el mobiliario, cuadros, ajuar doméstico, ropas y demás enseres existentes en el domicilio del testador el día de su muerte y, en usufructo, las acciones de la mercantil «La Eléctrica de Ripoll, S.A.»; lega a los hijos de su hija Marta, Irene y Daniel V.T. y a los demás hijos que pudieran tener en el futuro, por partes iguales, la nuda propiedad de las acciones de la citada mercantil, y en el resto de todos sus bienes nombra e instituye heredero universal y libre a su hija adoptiva Marta T.S. sustituyéndola vulgarmente por los descendientes legítimos de la instituida por partes iguales.

El 13 de junio de 1990, don Ramón S. y G., como único hijo superviviente y no entrado en religión, interpone demanda contra doña Marta T.S. y sus hijos en la que suplica que se declare que el primer fiduciario no fue heredero libre ni adquirió los bienes fideicomitidos por fallecer sin descendencia legítima y que él es el heredero fideicomisario de su padre; la nulidad de los legados y prelegados efectuados por el fiduciario; la nulidad y cancelación de las inscripciones del Registro de la Propiedad en favor del heredero fiduciario y la condena a Marta T.S. y a sus hijos de restitución de los bienes con intereses y frutos desde el fallecimiento del fiduciario.

La demandada formuló contestación a la demanda y reconvención por la que solicitaba que se declare que el heredero fiduciario tenía derecho a detraer sus legítimas, los gastos y cargas satisfechos y la cuarta trebeliánica.

El Juzgado de Primera Instancia de Ripoll dictó sentencia en 1992 en la que desestimó la demanda principal y la reconvenicional, al considerar que no se ha cumplido la condición («si sine liberis decesserit»), pues el heredero fiduciario ha dejado una hija, sin que obste que esta sea adoptiva.

Interpuesto recurso de casación «per saltum» por el actor, éste se fundamenta en dos motivos, ambos con base en el ordinal cuarto del artículo 1. 692 L.E.C. En el primero se denuncia infracción de los artículos 1 C.D.C.C. y 2.3 y 675 C.c. y doctrina jurisprudencial que cita, y en el segundo se señala una supuesta infracción del artículo 174 y concordantes de la C.D.C.C., 675 C.c. y doctrina y jurisprudencia que se cita.

El Tribunal Superior, pese a la innecesariedad de volver a incidir en la interpretación testamentaria, pues ésta es ámbito reconocido a la instancia, a salvo interpretaciones ilógicas, arbitrarias o contrarias a la ley, entiende que en el testamento se establece una sustitución vulgar para el caso de premoriencia del primer instituido y una sustitución fideicomisaria condicional «si sine liberis decesserit».

Establecido que en el testamento se incluyó una sustitución fideicomisaria, se trata ahora de averiguar si se ha cumplido o no la condición «sine liberis». A juicio del Tribunal Superior, el hijo adoptivo no enerva la condición ni purifica el fideicomiso por lo que se acogen los dos motivos de casación en este aspecto concreto. La solución del Tribunal Superior se justifica, en primer lugar, en la voluntad del testador que es ley suprema de la sucesión; en segundo lugar, refuerza el anterior argumento, la finalidad histórica del fideicomiso «sine liberis» con un hondo sentido familiar y en la perspectiva histórica parece claro que el hijo adoptivo no tenía la condición de familia del fideicomitente; en tercer lugar, porque no hay texto legal que permita mantener que en la expresión legítimos se incluye a los hijos adoptivos; en cuarto lugar, porque la alusión al principio de igualdad (art. 14 y 39.2 C.E.) no implica un derecho de igualdad respecto de los adoptados en rela-

ción a la familia del adoptante; en quinto lugar, la doctrina del Tribunal Supremo no comprende en la expresión «legítimos» ni «matrimoniales» del artículo 114 C.D.C.C. a los hijos adoptivos y, por último, porque en el caso el juzgador ha incidido en una interpretación con error manifiesto o patente, tanto en la interpretación testamentaria como en la de la normativa legal.

Estimado el recurso de casación, el Tribunal Superior, de acuerdo con el artículo 1.715 L.E.C., ha de resolver en los términos del debate y afirma que cumplida la condición del fideicomiso, procede el tránsito de los bienes fideicomitidos al fideicomisario y declara, en primer lugar, que don Ramón S.G. es heredero fideicomisario de su padre y que le deben ser restituidos los bienes fideicomitidos antes indicados; en segundo lugar, son nulos los legados y prelegados de bienes fideicomitidos ordenados por el fiduciario, así como los asientos registrales que motivaron; en tercer lugar, se condena a doña Marta T.S. y sus hijos a restituir la totalidad de los bienes que componen la herencia fideicomitida con intereses y frutos desde el fallecimiento del fiduciario; en cuarto lugar, se condena a don Ramón S.G. a pagar a Marta T.S. el importe de las legítimas satisfechas a los legitimarios, excluida la del fiduciario, y a los reconvinientes el importe total de las acciones de «La Eléctrica de Ripoll, S.A.» adquiridas, constante fideicomiso, mediante ejercicio del derecho de suscripción preferente, y no se hace expresa imposición de costas ni en primera instancia ni en casación.

IV.— Sentencia de 22 de julio de 1993.

Teresita P.P. *c/* Asilo V.

Doña Mercè C.Ll. otorgó testamento el 13 de marzo de 1985, según el cual ordenaba unos legados en favor de doña Consol M.P., a favor del asilo V. y de la Basílica T.N.S.A., instituía heredero al citado Asilo y en la cláusula novena «Nombra albaceas a doña Teresita P.P. y a don Jorge B.V., vecinos de Figueres, para que obrando conjuntamente o el sobreviviente a solas, procedan a cumplir sus disposiciones piadosas y a hacer entrega de todos los bienes, haciendo constar que si apareciese algún documento o papel de cualquier clase firmado por la testadora, de carácter privado, no se le reconozca validez alguna».

Abierta la sucesión en 1986, en 1990 doña Teresita P.P. y don Jorge B.V. interpusieron demanda contra el Asilo, en la que solicitaban que se declarase que los actores tenían la condición de albaceas universales de la finada, que se aprobasen las cuentas presentadas y que se condenase al Asilo a pagar cierta cantidad más los intereses legales y que se impusieran las costas a la parte demandada. Los demandados se opusieron y solicitaron la desestimación de la demanda.

Un Juzgado de Primera Instancia de Figueres dictó sentencia en 1992 y desestimó la demanda, al considerar a los albaceas como particulares.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Girona confirmó en 1993 la sentencia de primera instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte actora formaliza recurso de casación basado en un único motivo de casación, en el que aduce, al amparo del artículo 1.692.4 L.E.C., interpretación errónea del artículo 236.1 C.D.C.C., según el cual «serán albaceas universales las personas que reciban del testador el encargo de entregar la herencia en su universalidad a personas por él designadas o de destinarla a las finalidades expresadas en el testamento o en la confianza revelada».

Considera el recurrente que la interpretación dada a la cláusula testamentaria, según la cual se consideran albaceas particulares, es errónea puesto que la voluntad de la testadora era nombrar albaceas universales, según se desprende de la literalidad de la cláusula y de la interpretación externa del testamento.

El Tribunal Superior de Justicia opina que en la cláusula novena del testamento aparece clara la voluntad de la testadora de nombrar unos albaceas, pero al no atribuirles nomen iuris (universales o particulares) nos sitúa ante un problema no de interpretación sino de calificación, y esta función de calificación no sólo corresponde a los organismos jurisdiccionales de instancia, sino también al tribunal de casación (*cf.* STS de 8 de julio de 1940).

Asimismo, el Tribunal Superior entiende que en el derecho civil catalán el heredero es el ejecutor testamentario natural de las disposiciones testamentarias, aunque el causante pueda colocar una tercera persona en el cometido de ejecutar su última voluntad. Sin embargo, en el presente caso el Tribunal Superior señala que la testadora no atribuye a los albaceas que designa las amplias facultades que en el sistema sucesorio catalán se consideran propias de los albaceas universales, en todo lo que se refiere a la gestión del patrimonio hereditario y a la correcta ejecución de la última voluntad del causante, sino unas facultades concretas y, por tanto, deben ser considerados albaceas particulares, máxime cuando existe heredero que por su carácter de albacea legítimo ha de ejecutar la voluntad del causante. A mayor abundamiento, añade el Tribunal Superior que, de acuerdo con lo que precisa el artículo 236.4 C.D.C.C., la condición de albacea particular, cuando hay heredero, es la que prevalece, aunque se le califique de universal, si se le atribuye realmente las funciones propias de los albaceas particulares.

Todo ello conduce a la desestimación del motivo de casación y con él al rechazo del recurso de casación.

V.— Sentencia de 19 de octubre de 1993.

Jorge C.C. c/ Ayuntamiento de Cabrils y otro.

En 1967 un Juzgado de Primera Instancia de Mataró dictó Auto en el que aprobaba la adopción menos plena de don Jorge C.C. por parte de don Francesc G.C., marido de la madre natural del adoptado.

El adoptante otorgó testamento notarial abierto en el que ordenaba un prelegado a favor de su esposa, instituía heredera fiduciaria a su esposa y para después de su muerte ordenaba que el usufructo de la herencia hiciera tránsito a su hijo adoptivo, con la facultad de poder disponer del derecho de usufructo en favor de tercera persona, por acto de última voluntad y por un período de tres años desde la muerte del usufructuario, e instituía heredera en la nuda propiedad a la Beneficiencia de Cabrils.

Abierta la sucesión en 1967, en 1980 don Jorge C.C. interpuso demanda contra su madre y heredera fiduciaria y contra el sustituto fideicomisario, Ayuntamiento de Cabrils, en la que solicitaba que se le declarase legítimo en la herencia de su padre y su derecho a recibir la legítima sin ninguna limitación, por lo que la sustitución fideicomisaria debía tenerse por no puesta en la parte que gravase la legítima; que el legado de usufructo no se impute a la legítima y que la cuantía de la misma es la cantidad de 4.805.881 ptas. o la más exacta que derive de la prueba efectuada en el juicio.

El Ayuntamiento de Cabrils se opuso y consideró que el legado de usufructo era imputable a legítima, que el legitimario no había ejercitado la opción prevista en el artículo 131.2 C.D.C.C., aplicable a la *Cautela Socini*, y que no había sido preterido.

El Juzgado de Primera Instancia de Mataró dictó sentencia en 1980 en la que estimaba parcialmente la demanda, al reconocer el derecho a percibir la legítima sin limitaciones, por lo que la institución de heredero fiduciario y heredero nudo propietario ha de considerarse no hecha, que el legado de usufructo no se imputa a la legítima y que la cuantía de ésta importa la cantidad de 2.828.535 ptas. más intereses legales y que la citada cantidad ha de ser actualizada.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en la que revocaba la sentencia de instancia y consideraba que debía desestimarse la demanda y absolver a los demandados.

Contra la sentencia de la Audiencia se formaliza recurso de casación con base en seis motivos de casación, amparados todos ellos en el artículo 1.692.4. L.E.C.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirma que en el testamento que da lugar al presente caso se establece una sustitución fideicomisaria del tipo de las condicionales (*cf.* art. 163.3. C.D.C.C.).

Respecto a la atribución del usufructo en favor del hijo adoptivo, ésta se supedita al hecho de que el hijo adoptivo sobreviva a la heredera fiduciaria. Por tanto, no se ordena en el testamento un legado de usufructo con eficacia desde la muerte del testador, sino que se prevé que nazca este usufructo tras la delación fideicomisaria si el hijo adoptivo vive. Esto significa que el hijo adoptivo está mencionado en el testamento de su padre, pero sin una concreta atribución en concepto de legítima, al no ser la expectativa de usufructo imputable a legítima (a mayor abundamiento señala el Tribunal Superior que tampoco es viable la posibilidad de atribuir la legítima vía usufructo, puesto que el artículo 131.2 C.D.C.C. exige que el legado ha de ser de bienes de exclusiva, plena y libre propiedad del causante), y, en consecuencia, ha sido preterido. Esta preterición determina que el hijo adoptivo tiene derecho a exigir lo que por legítima le corresponde, sin tener que ejercer la opción que previene el artículo 131 C.D.C.C.

Acorde con los razonamientos anteriores, el Tribunal Superior estima los tres primeros motivos de casación y procede, según el artículo 1.715.3. L.E.C., a dictar sentencia. La sentencia del Tribunal Superior confirma parcialmente la de primera instancia y declara que don Jorge C.C. es el único legitimario y tiene derecho a percibir la legítima sin límites ni dilaciones, más los intereses legales desde el óbito del de cuius, pero sin la cláusula de estabilización que fijó el Juzgado de Primera Instancia, al ser la legítima, cuando se abona en dinero, una deuda pecuniaria que ha de satisfacerse de acuerdo con el sistema nominalista y que la disposición del usufructo de la herencia cuando se produzca la delación fideicomisaria no es imputable a legítima.

No efectúa el Tribunal expresa imposición de costas ni en las instancias ni en el recurso.

VI.— Sentencia de 22 de noviembre de 1993.

Elisa y Montserrat F.C. c/ Isabel F.C. y otro.

Los consortes Bru F.C. y María J.M. tuvieron cuatro hijos: Montserrat, Elisa, Sofía y Bru F.J. La esposa, heredera de su marido, otorgó su último y válido testamento en 1972, en el que legaba a sus hijos aquello que por legítima les correspondía, ordenaba un legado de un millón de ptas a favor de sus nietas, legaba a su hijo Bru F.J. el usufructo de la herencia con facultad de poder vender bienes hereditarios para pagar los legados ordenados por la testadora e instituía heredera a su nieta María Isabel F.C. con un gravamen fideicomisario en favor de sus hermanos.

Abierta la sucesión en 1977, Montserrat, Elisa y Sofía F.J. interpusieron acción de reclamación de legítima contra María Isabel F.C. y Bru F.J., en la que solicitaban su derecho a percibir la legítima, señala-

ban un determinado valor de los bienes hereditarios a efectos de computación y, por último, solicitaban que la legítima a percibir, si se abonaba en dinero, debía ser actualizada según la depreciación del signo monetario desde la muerte de la testadora y hasta el momento del pago de la legítima. María Isabel F.C. contestó a la demanda y reconoció el derecho a percibir la legítima de las actoras, pero en una cantidad inferior a la reclamada.

Un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992 en la que estimó parcialmente la demanda y condenó a María Isabel F.C. al pago de las legítimas, más la actualización ordenada según los criterios que la misma resolución judicial fijaba.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en 1993 en la que confirmó íntegramente la sentencia recurrida.

Contra la sentencia de la Audiencia, ambos litigantes formalizaron recurso de casación.

El primer motivo de casación de la parte actora, amparado en el artículo 1.692.4 L.E.C., aduce infracción del artículo 129 en relación con el 122 C.D.C.C. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirma que la legítima es una institución de derecho necesario para el testador y que su cálculo ha de hacerse de acuerdo con los criterios que fija la ley y que, por tanto, no se ha de atribuir relevancia a las valoraciones que pretenda establecer el testador. Asimismo es claro que el artículo 129 no fija qué criterios han de seguirse para efectuar el cálculo, pero, sin duda, el valor en venta es un valor objetivo y real. En ese sentido, prescindir del valor en venta y acoger una valoración unilateral de la heredera, como hace el juzgador de instancia, no se aviene con el carácter imperativo de las normas sobre computación legitimaria. Las anteriores afirmaciones conducen al Tribunal Superior de Justicia a estimar infringido lo dispuesto en el artículo 129 C.D.C.C. y también el artículo 632 L.E.C. (invocado en el cuarto motivo de casación) ya que los criterios del juzgador vulneran la regla de la sana crítica y por ello son susceptibles de ser revisables en casación.

La estimación de estos dos motivos de casación hace innecesario el examen de los restantes motivos alegados por la parte actora, al perseguir todos la misma finalidad.

La parte demandada formula un único motivo de casación, al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., que aduce infracción de los artículos 129 y 138 C.D.C.C. de 1960 y violación de la doctrina del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de 27 de mayo de 1967 y 22 de noviembre de 1966.

El Tribunal Superior estima asimismo este motivo de casación puesto que la Compilación admite el principio nominalista, cuando se trata del pago de la legítima en dinero (*cf.* artículo 138 C.D.C.C. 1960) y ésta es la tesis aceptada por el T.S. (sentencia de 27 de mayo de 1967)

y recientemente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia de 19 de octubre de 1993).

La estimación de ambos recursos de casación lleva aparejada la necesidad de dictar sentencia, *ex* artículo 1.715.3 L.E.C. El Tribunal Superior casa la sentencia de la Audiencia Provincial y declara que María Cinta J.M. instituyó heredera a su nieta María Isabel F.C. y legó lo que por legítima le correspondiera a sus hijos; que a los efectos de cálculo de la legítima el valor de los bienes hereditarios, deducción hecha del pasivo, importa la cantidad de 106.696.393 ptas. y que, por tanto, la legítima global asciende a 26.674.098 y la individual a 6.658.524 ptas.; que no procede la revalorización de la citada cantidad para el caso de que se pague en dinero la legítima y que, en consecuencia, se condene a los demandados a pagar a Elisa, Montserrat y Sofía F.J. la cantidad de 6.338.524 ptas. en concepto de legítima, con los intereses legales a contar desde la muerte de la testadora.

No se hace expresa imposición de costas por el Tribunal Superior.

VII.— Sentencia de 16 de diciembre de 1993.

Miguel V.S. c/ Salvador V.S.

Don Miguel V.Ll. donó a su hijo Miguel V.S. una finca a cuenta de sus derechos hereditarios en la herencia de su padre. Don Miguel V.Ll. otorgó testamento en 1988 en el que se ordenaba un legado dinerario a favor de su nuera, instituía heredero a su hijo Salvador V.S. y añadía que no atribuía nada a Miguel V.S. porque ya había recibido en vida bienes suficientes en pago de su legítima. Ordenaba también el testador que para el caso de que el hijo legitimario reclamase el suplemento de la legítima debía imputar a su legítima todo lo recibido de su padre por donación u otro título gratuito. El testador murió el 1 de diciembre de 1989.

Don Miguel V.S. formuló demanda contra su hermano y heredero en la que reclamaba el suplemento de legítima, puesto que consideraba que la legítima ascendía a 25 millones de pesetas y que él había recibido bienes de su padre por valor de 5.500.000 ptas. El actor basaba su pretensión en que el testador había transmitido en vida su patrimonio inmobiliario al instituido heredero a cambio de una renta vitalicia que, en realidad, encubría una donación. Solicitaba además que la transmisión de bienes al heredero se declarase nula, en su defecto, que encubría una donación computable para determinar la legítima o subsidiariamente se computase como donación la diferencia entre el valor de los bienes objeto de transmisión y el presunto precio pagado al hijo. Asimismo suplicaba la condena al pago de los intereses del suplemento de la legítima desde el acto de conciliación o, en todo caso, desde la interpelación judicial.

Don Salvador V.S. se opuso a la demanda y solicitó que se desestimase la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia de Granollers dictó sentencia en 1991 por la que estimó íntegramente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación la Audiencia de Barcelona lo estimó en parte y declaró el valor computable de dos fincas registrales y del negocio del testador, mientras que mantuvo el resto de pronunciamientos de la instancia.

El demandado formuló recurso de casación que articula en cinco motivos, amparados todos ellos en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C.

El primer motivo de casación señala como normas infringidas el artículo 1.790 C.c. en relación con el artículo 129 C.D.C.C. (ha de entenderse artículo 127 C.D.C.C. de 1984) y la doctrina del Tribunal Supremo que cita. A juicio del recurrente, ha de considerarse válido el contrato de renta vitalicia y no puede tildarse de nulo por falta de causa. El Tribunal Superior rechaza el motivo porque el recurrente ataca la consideración efectuada por la sentencia de primera instancia, rectificada por la Audiencia, y en el recurso de casación la sentencia que ha de combatirse es la de la Audiencia. En ese sentido, el Tribunal Superior estima correcta la solución de la sentencia de la Audiencia que considera la computación del valor de la finca, puesto que entiende que se encubre una donación en la parte que excede de la contraprestación alimenticia a cargo del heredero.

El segundo motivo de casación aduce infracción del artículo 129.1 (127 de la C.D.C.C. de 1984) en relación con los artículos 1.802, 618 y 1.274 C.c. Opina el recurrente que aunque el contrato de renta vitalicia disimulase una donación, esta sería onerosa y no computable. El Tribunal Superior, de acuerdo con la evolución legislativa de la solución que ofrece el Código civil, estima que, según lo dispuesto en los artículos 629 y 622 C.c., la donación onerosa queda sometida al régimen jurídico de las donaciones en la parte que exceda del valor de la carga o gravamen impuesto al donatario.

El tercer motivo de casación alega infracción del artículo 1.253 C.c., en relación con el artículo 3.1 y 129 (en realidad 127 C.D.C.C. 1984). El Tribunal Superior desestima el motivo puesto que, de acuerdo con una constante jurisprudencia, la impugnación de las presunciones en casación sólo prospera si la deducción hecha por el juzgador es ilegal, absurda, inverosímil o contraria a las reglas de la lógica, y, en este caso, no se da ninguna de las hipótesis citadas.

El cuarto motivo de casación concreta la infracción de las normas del ordenamiento jurídico en el artículo 129 (en realidad 127 C.D.C.C. 1984), de acuerdo con los artículos 1.204, 1.209 y 1.244 C.c. El rechazo del motivo se produce porque el recurrente intenta una nueva valoración de la prueba y ello no es posible en casación a menos que la valoración de la instancia resulte ilógica o equivocada.

El último motivo de casación denuncia, en particular, infracción del artículo 129 (en realidad 127 C.D.C.C. 1984), en relación con el 132 (en realidad 131 C.D.C.C.). El recurrente solicita que los bienes objeto de la donación han de computarse por el valor que tuviesen al morir el testador. El Tribunal Superior rechaza este último motivo por cuanto se trata de una cuestión nueva que no puede plantearse en casación.

El rechazo de todos los motivos lleva consigo la desestimación del recurso de casación, con la imposición de las costas al recurrente.

VIII.— Sentencia de 3 de enero de 1994.

María Luisa G.R. y Ricardo, Felipe, Paola, Yolanda, Silvia, Edgar y Luis Albert F. de R.G. c/ María Remedios G.R.

Doña María Remedios G.R. interpuso demanda contra su hermana María Luisa G.R., el marido de ésta, sus hijos y don Joaquín R.J., en la que solicitaba la nulidad del testamento de su madre, Remedios R.C., por falta de capacidad y, en su defecto, por dolo o engaño en su otorgamiento. Asimismo solicitó la nulidad al faltar la hora de su otorgamiento.

El Juzgado de Primera Instancia de Reus dictó sentencia en 1990 en la que estimaba la demanda, aunque absolvía al marido de la primera demandada, y declaraba la nulidad del testamento.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Barcelona dictó sentencia en 1993 en la que estimaba la apelación adhesiva de la actora al considerar también nulo el testamento, pues éste no indicaba la hora del otorgamiento y desestimaba el recurso de apelación de los demandados.

Contra la resolución de la Audiencia de Barcelona, la parte demandada formula recurso de casación. El primer motivo del recurso, con base en el artículo 1.692.3 L.E.C., aduce infracción del artículo 359 L.E.C. en relación 248.3 L.O.P.J. El Tribunal Superior rechaza el motivo de casación porque la sentencia impugnada responde a las peticiones deducidas.

El segundo motivo de casación, con base en el mismo ordinal que el anterior, denuncia infracción del artículo 11.1 L.O.P.J. y de las normas reguladoras de la práctica de la prueba, al amparo de los artículos 578 y concordantes de la L.E.C., en relación con los artículos 596.7 y 597 L.E.C. El rechazo del presente motivo se produce porque el Tribunal Superior considera que no concurre ninguna anomalía ni olvido de derechos fundamentales, a la vez que no se infringen las normas reguladoras de la práctica de la prueba.

Los cuatro restantes motivos, amparados en el ordinal cuarto del artículo 1.692 L.E.C., son asimismo rechazados por el Tribunal Superior por lo que se refiere al tercero, que alega aplicación indebida del

artículo 1.253 C.c., por error en la apreciación de la prueba, afirma el Tribunal Superior que no es posible una nueva valoración de la prueba si no se infringe de forma manifiesta y evidente las reglas de la sana crítica. En cuanto al cuarto motivo, que aduce la infracción del artículo 664 C.c., respecto a la irretroactividad de la enajenación mental para invalidar un testamento anterior, el Tribunal Superior desestima este motivo, puesto que entiende que la infracción no se produce porque la sentencia de la Audiencia llega a la conclusión que la enajenación mental existía en el momento de otorgar testamento y que la capacidad del otorgante es una presunción *iuris tantum*, combatible por pruebas suficientemente convincentes como las de instancia.

Respecto al quinto motivo, se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 202 y 1.302 C.c. Alega la parte recurrente que la actora debió solicitar antes la incapacitación y que, con posterioridad, el artículo 1.302 C.c. le impide solicitarla en el futuro. El Tribunal Superior desestima el motivo porque el presente pleito examina únicamente la validez de un testamento y no la de otros negocios jurídicos.

Por último, el sexto motivo de casación alega infracción por aplicación errónea de los artículos 1 y 101 C.D.C.C. e infracción por inaplicación del artículo 125 del Código de Sucesiones. El artículo 125 C.S. dispone que si falta la expresión de la hora no se anula el testamento si el testador no ha otorgado otro en aquella fecha. No obstante, según la D.T.^a 3.^a C.S., las normas aplicables al presente caso son las de la Compilación. De todas formas, el Tribunal Superior sustenta que la expresión de la hora no es imprescindible para la validez del testamento si no se otorgó otro en la misma fecha. Afirma el Tribunal que este criterio interpretativo no tiene efecto retroactivo si es necesario para averiguar la voluntad del causante, pero sí puede tenerlo para analizar el rigor de las formalidades testamentarias. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 3 C.c., se estima el motivo del recurso.

No obstante la estimación de un motivo del recurso, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que acepta la nulidad del testamento por falta de capacidad.

IX.— Sentencia de 21 de marzo de 1994.

Andrés, Mario y Miguel L.L. c/ Carmen L.L.

Doña Carmen L.L. interpuso demanda contra Andrés, Mario y Miguel L.L. en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la renuncia que consta en escritura pública, la nulidad de dos escrituras por encubrir donaciones, la colación de los bienes que los demandados habían recibido como donaciones encubiertas, la formación de inventario del

caudal relicto y el pago de la legítima a la actora más los intereses desde la demanda. La parte demandada solicitó la desestimación de la demanda.

El juzgado de Primera Instancia de Barcelona dictó sentencia en 1992 en la que declaraba la nulidad de la renuncia a los derechos legitimarios de futuro, que ciertas escrituras públicas encubren donaciones onerosas, por lo que se procede a su colación para el cálculo de la legítima y la obligación de formar inventario y de pagar la legítima o suplemento que corresponda a Carmen L.L.

Los demandados interpusieron recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona en 1993 desestimó el recurso de apelación.

Los demandados formularon recurso de casación basado en seis motivos, los tres primeros con fundamento en el ordinal tercero del artículo 1.692 L.E.C. y los tres restantes en el ordinal cuarto del citado artículo.

El Tribunal Superior rechaza los dos primeros motivos de casación, con base en una pretendida infracción del artículo 359 L.E.C. En cambio, estima el tercero, con fundamento también en una infracción del artículo 359 L.E.C. y en una posible *reformatio in peius*, puesto que confirma la sentencia de instancia pese a que el fallo de primera instancia se contradice manifiestamente con un fundamento de la sentencia de la Audiencia Provincial.

El cuarto motivo, que denuncia infracción de la jurisprudencia sobre negocios declarativos o de fijación o verificación, es desestimado por el Tribunal Superior, por cuanto la interpretación de los contratos corresponde a la instancia y sólo es revisable en casación si la interpretación es inverosímil, absurda o contraria a la lógica. Circunstancias que no concurren en el presente caso.

El quinto motivo del recurso no se examina puesto que se formula como subsidiario del tercero y para la hipótesis que no sea estimado.

El último motivo de casación aduce violación del artículo 125 C.D.C.C. en relación con los artículos 618, 619 y 1.274 C.c. Opina el recurrente que las donaciones onerosas o remuneratorias no son computables para el cálculo de la legítima. El Tribunal Superior, de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1993, señala la necesidad de computación de las donaciones onerosas en aquello que exceda de la carga o gravamen impuesto al donatario.

Por consiguiente, el Tribunal Superior estima el tercer motivo del recurso y, no obstante confirmar los fallos de las sentencias de instancia, declara que las cantidades donadas por los tres hijos demandados a su madre con motivo de dos transmisiones de acciones han de computarse a efectos del cálculo de la legítima.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS REALES

El T.S.J.C. ha tenido ocasión de tratar sobre la normativa catalana en materia de derechos reales en las siguientes sentencias:

I.— Sentencia de 1 de marzo de 1993.

Las cuestiones a resolver en esta sentencia tienen su origen en los siguientes hechos. El señor Luis V.H. era propietario de la finca Mas Bosch. En noviembre de 1980 dicho señor segregó una porción de dicha finca y la vendió a su hijo Juan V.V. Por otra escritura pública de febrero de 1981 el Sr. Juan V.V. compró al obispado otra finca que se encuentra dentro de la primera. Don Luis otorgó testamento el 21 de febrero de 1984 en que legaba a sus hijos Juan y Ana M.^a lo que por legítima les correspondiera y nombraba heredera a su hija M.^a Dolores. Por escritura pública de diciembre de 1986 Don Luis donó a su hija M.^a Dolores una finca de su propiedad. Don Luis murió el día 28 de junio de 1987 y su hija tomó inventario de su herencia por escritura pública de 28 de diciembre de 1987.

Durante los años 1974 a 1976 Don Juan construyó un granja en terrenos de la finca de su padre e hizo plantaciones y mejoras en la misma. Hay que precisar que Don Juan vivía en compañía de su padre todos estos años y que esta situación de convivencia se mantuvo después de que Don Juan contrajera matrimonio en el año 1981 y que el mes de agosto del año 1983 el citado señor y su esposa dejaron el hogar paterno y fueron a vivir en la casa que se habían construido en la finca que habían adquirido de su padre. Con fecha 2 de mayo de 1990 Doña M.^a Dolores promovió demanda contra su hermano Don Juan en la que pedía que se dictara sentencia declarando el derecho de la parte actora a delimitar su finca Mas Bosch, que se condene al demandado a dejar las fincas y granjas que ocupa de forma indebida a disposición de la parte actora, que se declare que la posesión de dichas fincas no tiene ninguna causa, que se obligue al demandado a restituir el enriquecimiento injusto que ha obtenido y finalmente que se le condene a pagar el importe de la electricidad que ha consumido. Y, para el caso que el demandado pretendiera ejercer el derecho de retención, se entendiera que se tenía que concretar a las cantidades pagadas en concepto de materiales y jornales de los operarios. Don Juan contestó a la demanda y formuló al mismo tiempo reconvencción en la que interesaba que se declarase que era propietario de los terrenos ocupados por la granja y construcciones anexas por título de donación hecha por su padre cuando se hicieron las construcciones, que la actora debe pagar las mejoras

que éste ha hecho en las fincas paternas y que ahora son de su propiedad. Subsidiariamente pedía que se declarase que el reconviniente tiene derecho a hacer suyos los terrenos sobre los que ha construido la granja y edificaciones anexas que hizo con la aquiescencia de su padre, con la consiguiente condena a la parte actora a otorgar escritura pública a favor de su hermano, que la actora debe pagar las plantaciones, obras y mejoras que el reconviniente hizo en la casa paterna y finalmente que se condenase a la parte actora a pagar a Don Juan la legítima que le corresponde, para el cálculo de la cual debe tenerse en cuenta el valor de la finca donada a Doña M.^a Dolores. En el escrito de contestación a la demanda reconvencional la parte actora pedía la desestimación de las peticiones y que al calcular la legítima se dedujeran los gastos de entierro y del importe de la legítima el importe del impuesto de sucesiones pagado por cuenta del legitimario.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho de Doña M.^a Dolores a delimitar la finca y ordenó el desalojo del demandado de dicha finca y de la granja previo el pago por parte de la demandante de la legítima que le correspondía. Contra la citada sentencia presentaron recurso ambos litigantes ante la Audiencia que estimó en parte ambos recursos, revocando la decisión del Juzgado únicamente en los puntos siguientes: a) en lo referente a la condena a desalojar las fincas, la considera procedente respecto a los bienes a los que no afecta el derecho de retención (que enumera) y en relación a los bienes afectados por dicho derecho el desalojo queda subordinado a que el demandado declare la cuantía a la que se refiere el artículo 278 C.D.C.C., b) condena a Don Juan V. al pago del suministro de electricidad de la granja. En segundo lugar, y en lo que se refiere a la reconvención se establece que la legítima devengará intereses desde el 28 de junio de 1987, se declara que la Sra. M.^a Dolores V. deberá pagar los gastos de nivelación de márgenes y regueros de la finca, el valor de las plantaciones de árboles existentes y de los que se talaron.

Dada su trascendencia, la sentencia del T.S.J.C. analiza en primer lugar el tercer motivo del recurso de casación que alega infracción del artículo 372 L.E.C. y 248 L.O.P.J., ya que la sentencia recurrida al condenar a la actora al pago de la nivelación de márgenes y plantaciones no cita en los fundamentos de derecho ningún precepto legal, ni jurisprudencia, por lo que vulnera la exigencia de fundamentación jurídica de las sentencias. El motivo se desestima porque se considera que los razonamientos del Tribunal sentenciador, aunque formulados en términos generales, revelan claramente los motivos justificantes de la resolución adoptada, ya que, según diferentes sentencias del Tribunal Supremo y del Constitucional, la falta de fundamentación sólo se da cuando las partes litigantes no pueden conocer los motivos de la decisión a los efectos de su posible impugnación, ni permite a los organismos jurisdiccionales superiores ejercer la función revisora que les

corresponde, cosa que no sucede en el caso presente. Además, la desestimación del motivo se fundamenta también en que la parte recurrente impugna la valoración de las pruebas realizadas por el Tribunal de instancia, valoración que no es revisable en casación, dado el carácter extraordinario de dicho recurso y la vía por la que se impugna: el artículo 1692.3 L.E.C.

Ambas partes alegan que la sentencia de la Audiencia es incongruente, ya que la parte actora considera en el primer motivo del recurso que no se hace ningún pronunciamiento sobre la existencia de enriquecimiento injusto del demandado, mientras que el fundamento jurídico octavo de la sentencia admite que se valore dicho enriquecimiento en ejecución de sentencia. En el segundo motivo se alega incongruencia defectiva, por la contradicción que, según la parte actora, hay entre el fundamento jurídico séptimo de la sentencia y su parte dispositiva en el aspecto que hace referencia a la distinción entre los bienes sobre los que el demandado puede ejercer el derecho de retención y los excluidos, lo que le lleva a establecer una indemnización por duplicado respecto a los gastos de nivelación de márgenes, los árboles plantados y los talados. Por lo que hace referencia a los motivos alegados por la parte demandada y reconviniendo, en el primer motivo se alega incongruencia, porque la sentencia de la Audiencia no ha resuelto todos los puntos sometidos a su decisión, ya que se establece que el recurrente construyó la granja y se fija el importe y en la parte dispositiva no se hace ningún pronunciamiento sobre este concepto. El segundo motivo alega también incongruencia, porque la sentencia de apelación reconoce su derecho de retención y derecho de la parte actora a percibir el importe de las obras y plantaciones y en la parte dispositiva no hace referencia a la cantidad de 3.148.840, correspondientes al valor de la construcción de la granja y fincas anexas. El tercer motivo de casación alega también incongruencia, porque en el escrito de reconvención se pedía que se condenara a la parte actora a pagar a su hermano la cantidad citada y a otorgar escrituras públicas y a pagar las cantidades reservadas, y en la parte dispositiva no se hace ningún pronunciamiento sobre estos aspectos.

La sentencia del T.S.J.C. pone de relieve que los motivos primero y segundo del recurso presentado por la parte demandada y reconviniendo se relacionan de manera muy directa con el segundo motivo de la parte actora, según el criterio del Tribunal este motivo habría sido seguramente innecesario si la parte recurrente hubiera presentado recurso de aclaración. En este grado de casación debe estimarse que la decisión de la sentencia de apelación hay un *lapsus calami*, porque del contexto de la sentencia resulta clara la distinción entre bienes objeto del derecho de retención y bienes excluidos que es la que resulta del fundamento jurídico séptimo, por ello dichos motivos deben estimarse, ya que existe una incongruencia defectiva, porque no se resuelve sobre los hechos sometidos a la decisión del Tribunal y que la propia sentencia declara que se han acreditado, por lo que debe declararse que

la parte actora ha de pagar, además de la cantidad a la que se le condena, 3.148.840 de pesetas más por los conceptos citados.

En lo referente al segundo motivo de la casación el recurso debe resolverse declarando el derecho de retención a favor del reconviniente sobre las fincas que detalla el fundamento jurídico séptimo de la sentencia y que también debe ser estimado el motivo en la parte que alega duplicidad de indemnizaciones a favor del reconviniente por los conceptos de nivelación de márgenes y plantación de árboles, porque la sentencia es igualmente incongruente en este aspecto. La sentencia recurrida acepta el valor de las edificaciones y plantaciones que originan el derecho de retención y después exige que, en trámite de ejecución de sentencia, se declaren las cantidades que debe garantizar el derecho de retención; por consiguiente debe entenderse que el demandado no tiene que devolver a la actora las fincas en las que había hecho obras, respecto a las que puede ejercer el derecho de retención con los efectos que establece el artículo 278 C.D.C.C.

El tercer motivo de casación es claramente desestimable, en primer lugar, porque la condena al otorgamiento de las correspondientes escrituras se hacía para el caso de que se estimaran las pretensiones que fueron desestimadas en las instancias inferiores. En cuanto a la inconcreta petición de que condene a la parte actora a pagar las obras, mejoras, etc. sólo hay que añadir que ya se han acreditado en el período de pruebas. Ello lleva a desestimar el tercer motivo, por lo que también se desestima el cuarto, que está directamente relacionado con él y con el segundo que ha sido estimado.

El último de los motivos de casación del demandado alega que la sentencia se olvida de hacer referencia al enriquecimiento injusto, dicho motivo debe rechazarse porque prejuzga la mala fe del constructor, que, además, no tiene justificación.

El octavo fundamento jurídico de la sentencia del T.S.J.C. examina el sexto motivo del recurso de la parte actora que alega interpretación errónea del artículo 278 C.D.C.C. El motivo es claramente desestimable porque la buena fe que exige el artículo citado supone que una persona edifica, planta o siembra porque piensa que su actuación es lícita y esto es lo que sucede en el caso que da origen a este recurso. El hijo hace unas construcciones, plantaciones etc., sabiendo que actúa sobre fincas ajenas, pero todos los actos que realiza son consentidos y aprobados por su padre. Como resulta de los precedentes del artículo 278 C.D.C.C. se considera constructor de mala fe al que actúa sabiendo que edifica en suelo ajeno contra la voluntad del propietario, la doctrina considera entonces que se presume que el propietario del terreno ha conferido al tercero la facultad de edificar. El Tribunal Superior considera que hay que desestimar igualmente la pretensión de que el hijo no puede decirse que ha actuado de buena fe, porque posteriormente a la realización de las obras el padre reclamó la posesión de

las fincas sobre las que había hecho las obras, ya que la buena fe ha de valorarse en el momento de realización de las obras, no después cuando ya ha nacido el derecho de retención. Por consiguiente el derecho de retención, ejercitado teniendo en cuenta unas construcciones hechas de buena fe, subsiste incluso después de que el propietario haya manifestado su voluntad de recuperar la posesión.

El noveno fundamento jurídico de la sentencia analiza el quinto motivo de casación de la parte actora que alega aplicación indebida del artículo 278 C.D.C.C., en primer lugar, porque considera improcedente incluir los jornales del propio retenedor en la deuda que se reclama. Este argumento es estimable, ya que la relación paterno filial entre el propietario y el constructor no puede contemplarse en términos de derecho patrimonial puro, ya que el hijo dedicaba sus actividades laborales a la explotación con la expectativa, más o menos fundamentada, de que al morir su padre se convertiría en heredero de las fincas. Con esta actividad se han obtenido, además, unas plusvalías de las que se beneficia el constructor, ya que se integran en las cantidades que acredita. Incluso en el caso de que se considere que los jornales tienen un valor superior al aumento de valor, éstos vendrían compensados por los alimentos que el hijo recibió de su padre mientras trabajaba. Esta interpretación de compensar los trabajos realizados por el hijo con los alimentos es conforme con los principios que informan el derecho sucesorio y familiar catalán, como resulta por ejemplo del artículo 137 II C.D.C.C. (y actualmente 365 II C.S.) en los que se prevé que la legítima no devenga intereses mientras el legitimario viva a cargo del patrimonio hereditario.

En lo referente al momento en que deben valorarse las construcciones que originan el derecho de retención, el problema se resuelve precisando que, de acuerdo con los principios que informan el ordenamiento catalán, la indemnización debe calcularse actualizando el valor de los materiales y jornales que se emplearon realmente, pero sólo hasta el límite que supone el valor real de las construcciones en el estado en que hoy se encuentran.

El séptimo motivo de casación formulado por la parte actora alega interpretación errónea del artículo 129 C.D.C.C. sobre el cálculo de la legítima, ya que no reconoce que para efectuar dicho cálculo debe deducirse del caudal hereditario el importe de las indemnizaciones que deban pagarse. Dicho motivo debe ser estimado, ya que las construcciones que el hijo realizó determinaron que el padre, propietario del terreno, no pudiera recuperarlo sin pagar el importe de la indemnización, por lo cual se trata de una deuda originada antes de la apertura de la sucesión y en esta relación jurídica el padre asumía la condición de deudor y a su muerte el heredero se subroga en la posición del causante. Ello implica hacer las correcciones pertinentes en el cálculo de la legítima que hacen las sentencias recurridas.

Por último se analiza el cuarto motivo de casación de la parte actora que alega aplicación indebida del artículo 533.6 L.E.C., ya que se ha formulado la demanda sin atenerse a los requisitos del artículo 524 L.E.C., que exige invocar los fundamentos jurídicos que dan soporte a las pretensiones de la parte demandante, y que al incumplirse en la reconvencción dan lugar a indefensión de la parte contraria. Este motivo debe desestimarse, porque debe darse mas importancia al suplico de la demanda o reconvencción que a la existencia de una enumeración casuística de los preceptos legales, ya que de la misma y de los argumentos utilizados puede deducirse que es lo que pretende el litigante y la fundamentación jurídica de las pretensiones. El demandado en reconvencción ha tenido la oportunidad de contestar de forma adecuada las peticiones de la demanda reconvenccional.

Por todo ello el Tribunal Superior falla revocando en parte la sentencia de la Audiencia y declarando que el demandado y reconviniente puede ejercer el derecho de retención sobre las edificaciones realizadas y las fincas en las que ha hecho plantaciones y nivelación de márgenes en garantía de la cantidad de 5.538.422 de pesetas, con deducción de las cantidades que se acrediten en concepto de jornales del retenedor y valorando las construcciones realizadas actualizando el valor de los materiales y jornales, pero únicamente hasta el límite del valor real de las construcciones en el estado en que hoy se encuentran con los correspondientes intereses legales. Declara también que para el cálculo de la legítima tiene que deducirse del caudal hereditario en concepto de deudas del causante las cantidades que efectivamente deba pagar a la actora por las mejoras hechas en la finca objeto del derecho de retención.

II.— Sentencia de 6 de julio de 1993.

Don Francisco T.A. presentó demanda contra el Ayuntamiento de C. en la cual solicitaba se dictara sentencia declarando que el camino, pretendidamente municipal, mediante el cual lindaban las fincas pertenecientes al actor tenía el carácter de camino entre fincas y constituía parte integrante de las mismas, por lo que el Ayuntamiento de C. debía reponer el camino a su estado anterior, realizando las obras necesarias para evitar que en el futuro las fincas de Don Francisco pudieran resultar afectadas por cualquier daño derivado de la ampliación de dicho camino. Finalmente, se solicitaba que se condenara al Ayuntamiento a abonar los daños y perjuicios ocasionados al demandante. El demandado alegaba incompetencia de jurisdicción y litisconsorcio pasivo necesario y solicitaba se desestimara la demanda. El Juzgado de Primera

Instancia desestimó la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Francisco y absolvió a la parte demanda del primer pedimento del suplico, ratificando la absolución respecto de los pedimentos segundo y tercero del suplico. La sentencia del Tribunal Superior, antes de entrar en los motivos de casación, pone de relieve que la cuantía del pleito supera el mínimo exigible para la casación, por lo cual no puede desestimar el recurso como solicitó la representación del Ayuntamiento de C.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia de casación desestima el primer motivo del recurso, que alegaba inaplicación del artículo 342 C.D.C.C., ya que la fundamentación de la sentencia recurrida afirma que el camino litigioso es de titularidad municipal, por haberse utilizado desde tiempo inmemorial, decisión que es coherente con la base fáctica en que se apoya: su utilización pública desde tiempo inmemorial. De hecho, lo que se pretende en este motivo es impugnar la base fáctica, ya que se considera que no han transcurrido los treinta años preceptivos y ello comporta una nueva valoración de la prueba improcedente en casación y que no cabe denunciar error de derecho en la valoración probatoria sin citar el precepto procesal sustantivo que haya podido resultar infringido.

La misma suerte desestimatoria corre el segundo motivo del recurso, que denuncia inaplicación del artículo 344 C.D.C.C., ya que se pretende una nueva valoración de la prueba documental que no es posible realizar en casación y que, además, este motivo es subsidiario del anterior.

El tercer motivo considera infringidos los artículos 348 y 609 C.C. en relación al 8.4 del Decreto de 27 de mayo de 1955 y el 21.2 del Decreto de 17 de octubre de 1988 de la Generalitat de Catalunya. Dicho motivo no puede tampoco estimarse, porque se parte de una base fáctica distinta a la tomada en consideración por la sentencia recurrida.

El Fundamento Jurídico sexto desestima el cuarto y último motivo que alega interpretación errónea de los artículos 349 C.C. y 124 y 125 L.E.F. El motivo está defectuosamente planteado, porque la excepción de falta de jurisdicción debe basarse en el apartado primero del artículo 1692 y porque se parte de un dato fáctico que no es cierto, ya que se dice que no se ha consignado el justo precio en contra de la afirmación de la sentencia de instancia.

Tampoco es posible ejercitar la acción derivada de la culpa extracontractual, al no configurarse una causa petendi que pudiera servirle de soporte.

Por todo ello la sentencia del Tribunal Superior confirma integralmente la de la Audiencia desestimando el recurso de casación.

III.— Sentencia de 29 de septiembre de 1993.

La demanda incidental de previo y especial pronunciamiento interpuesta por los Srs. José Luis y Angel S.S. y los Srs. Eduardo B.M. y M.^a del Carmen H.G. contra Mirpe S.A. que ha dado origen a este recurso de casación se deriva del juicio promovido por Mirpe S.A. contra los Srs. Magin V.C., Natividad M.P. y Francisco P.A. en la que la mencionada entidad postulaba que se elevara a escritura pública un documento privado de compraventa y que obtuvo sentencia favorable que ganó firmeza. En el trámite de ejecución, los actores del presente recurso formularon demanda incidental para obtener la suspensión de la ejecución en lo que pudiera afectar a la entrega de la posesión de algunas parcelas de la finca que ellos habían adquirido mediante escritura pública el día 16 de octubre de 1987, por considerar que tenían el derecho de retención de lo allí edificado hasta que la sociedad Mirpe les reintegrase, afinanzase o consignase el valor de las obras.

El Juzgado desestimó la demanda incidental, absolvió a Mirpe S.A. y levantó la suspensión de la ejecución de sentencia. Dicha sentencia fué recurrida ante la Audiencia que desestimó también el recurso de apelación. Los Srs. José Luis y Angel S.S. formalizaron recurso de casación.

El primer motivo del recurso de casación alega infracción de los arts. 1950, 433 y 434 C.C., dado que los recurrentes adquirieron por medio de escritura una finca, que los vendedores tenían inscrita a su nombre en el Registro, que en la escritura se manifestaba libre de cargas, de la cual tomaron posesión e inscribieron a su nombre sin ningún obstáculo. Dado que, de acuerdo con los artículos citados, la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de la que recibieron la finca era propietario y podía transmitir su dominio y que ignoraban la existencia de ningún vicio en la adquisición del inmueble, circunstancias todas ellas que consideran acreditadas en el caso presente, solicitan sea admitida dicha condición. A esta petición responde la sentencia del T.S.J.C. que, dado que la demanda promovida por Mirpe S.A. estaba anotada en el Registro con anterioridad a la compraventa de los actores de la parte del inmueble en que efectuaron la edificación que pretenden retener, los actores no pueden alegar como lo hacen ignorancia de un vicio que podía afectar a la titularidad del enajenante, ya que dicha ignorancia, de existir, era perfectamente vencible. La situación registral de la finca debía afectarles dado que el Registro pone de manifiesto la situación de la propiedad *erga omnes*, otorgando valor legal al hecho inscrito con independencia de que falte el conocimiento efectivo de las personas concretas. Esta afirmación no se contradice con el hecho de que en la escritura pública constara que la finca se hallaba libre de cargas, porque esta expresión la hacen los otorgantes a los que el notario hace las reservas legales. La reforma

del Reglamento Notarial de 16 de diciembre de 1992, además de ser posterior a los hechos, no se opone para nada a lo dicho, y, aún así, el artículo 175 no es de aplicación cuando el adquirente declara su voluntad de prescindir de la información registral que dicho artículo impone.

A pesar de todo lo dicho, lo que importa no es fijar la buena fe en el momento de la adquisición de la finca, sino en el momento de la construcción de las edificaciones y el desembolso de los gastos que permitirían la retención de la finca, porque, incluso en el caso de que la posesión hubiera sido adquirida de buena fe (cosa que no sucede), era necesario además que permanecieran en esta situación en el momento en que efectuaron la inversión. Debe tenerse en cuenta que, en la fundamentación del recurso de casación, los recurrentes reconocen que Mirpe S.A. les notificó fehacientemente, con fecha 9 de noviembre de 1987, la existencia del procedimiento o litigio que sostenía dicha sociedad contra Don Magin C.V. y que por ello hasta tal fecha no conocieron la existencia de dicho litigio. En las actuaciones, por tanto, consta un hecho pacífico y plenamente reconocido por los litigantes y es que veintitres días después de la adquisición de la finca por parte de los actores y más de seis meses antes de la tramitación y obtención del permiso de edificación por los mismos, éstos sabían la existencia de un posible vicio que podía dar lugar a la invalidación de su título posesorio, como así sucedió. A partir de este momento, la incluso supuesta buena fe inicial, queda excluida de tal manera que la más elemental prudencia exigía tener en cuenta la existencia del litigio antes de efectuar cualquier gasto. La presunción de que se continua gozando de la posesión en el mismo concepto en que se adquirió desaparece cuando se demuestra la existencia de una mutación que la contradice. Por tanto, es procedente desestimar el motivo, ya que la expresión del artículo 278 C.D.C.C. se refiere explícitamente a la buena fe existente en el momento en que se procede a la edificación.

El tercer fundamento jurídico de la sentencia analiza el segundo motivo del recurso que alega infracción del artículo 1253 C.C., ya que los recurrentes, pese a que aceptan los hechos que la sentencia expresa, consideran que las consecuencias que extrae no corresponden a las exigencias de la sana lógica. Fundamentan esta afirmación en el hecho de que las construcciones fueron hechas a la vista, ciencia y paciencia de Mirpe S.A. y en que el litigio entre esta sociedad y los vendedores tuvo lugar sin que los actores de este incidente tomaran parte en él, y en que el hecho de que la demanda estuviera inscrita en el Registro no obliga a concluir que los recurrentes tuvieran constancia de él, por lo cual son poseedores de buena fe. El Tribunal Superior contradice este motivo poniendo de relieve que la sentencia de la Audiencia basa la condición de poseedores de buena fe no sólo en la publicidad registral de la anotación de demanda, sino que hace suyos los argumentos de la sentencia del Juzgado que confirma, entre los que se incluye, no sólo

el citado, sino también la existencia de una notificación fehaciente del litigio que no permite alegar ignorancia del vicio adquisitivo y la oposición a la edificación de Mirpe S.A. que consta en el documento 18 bis de la demanda incidental. Por todo ello desestima el motivo, destacando que el hecho de no tomar parte en la contienda judicial no quiere decir que ésta no le afecte ya que puede afirmarse que nadie puede transferir más de lo que tiene y que la protección del tercero de buena fe del artículo 34 L.H. tiene como excepción las acciones rescisorias y resolutivas cuyo origen sean causas que constan explícitamente en el Registro.

El Fundamento Jurídico cuarto analiza la supuesta infracción del artículo 278 C.D.C.C. y considera que es tributaria de los motivos analizados anteriormente, porque definida la falta de buena fe de los actores en el momento de edificar las obras cuya retención pretenden, es obvio que no tienen el derecho que postulan. Carece además de sentido instar la suspensión de la ejecución de sentencia, ya que la demanda incidental se formula cuando ya se había dado la posesión de la finca a Mirpe S.A. por parte del Juzgado y ya había sido demolido lo allí construido, ya que la cuestión que debería ser objeto de la demanda es la indemnización del valor de las obras contra quien fuera procedente, ya que no se puede retener lo que no se tiene y menos lo que no existe. Los actores se han limitado a pedir dicha indemnización en el *petitum*, con una variación sustancial de la demanda, lo cual es del todo inadmisibles, ya que el Juzgado está obligado a no separarse de las cuestiones de hecho, ni de las de derecho que los litigantes hayan sometido a su conocimiento.

Por todo ello se desestima el recurso de casación.

IV.— Sentencia de 25 de octubre de 1993.

El origen de las actuaciones está en el proceso en el que los ahora recurridos ejercitaron la acción reivindicatoria sobre determinadas fincas detentadas por los ahora recurrentes solicitando así mismo la nulidad de determinadas escrituras públicas y la cancelación de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad. Las pretensiones de los demandantes fueron estimadas por el Juzgado y confirmadas posteriormente en apelación.

A la vista del anterior proceso, los recurrentes en este recurso de casación Don José M.C., Don Francisco A.F. y Don José M.^a M.A., presentaron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando ser reembolsados de las mejoras efectuadas en las fincas, solicitando igualmente que se declarara el derecho de retención sobre las mismas

hasta que le fueran abonados los gastos efectuados. La mencionada demanda fue desestimada por el Juzgado y, confirmada dicha sentencia por la Audiencia, se presenta recurso de casación fundado en nueve motivos, el primero de los cuales fue inadmitido por la Sala.

El Fundamento Jurídico segundo desestima el segundo motivo del recurso que alega la infracción del artículo 1445 C.C., por entender los recurrentes que por la escritura de compraventa, luego anulada, adquirieron de los vendedores de las fincas los derechos que éstos tenían a reclamar las mejoras realizadas. El motivo se desestima porque el artículo 1445 C.C. resulta insuficiente por sí sólo para fundamentar la petición cuyo origen está en la citada y anulada venta.

El Fundamento Jurídico tercero desestima también el tercer motivo del recurso que alega infracción del artículo 453 C.C., ya que la sentencia de instancia mezcla este precepto con el condicionamiento de la evicción. Sin embargo, la sentencia de instancia aludida señala la evicción como el único camino para reclamar a los vendedores de los recurrentes las mejoras realizadas. Lo que sucede es que el artículo 453 del C.C. no es aplicable al supuesto de hecho, ya que las mejoras a las que se refiere el artículo se abonan al poseedor que efectivamente las ha realizado, mientras en el caso presente las pruebas practicadas demuestran que ni es éste el supuesto, ni fueron los recurrentes los que realizaron las obras. Igual suerte debe recaer en el siguiente motivo que denuncia la infracción del artículo 1475 C.C., ya que se insiste en los argumentos ya expresados, cuando el problema no se concreta a un supuesto de evicción, sino en reclamar unos gastos a quien debe satisfacerlos.

Los motivos quinto y sexto del recurso se refieren al ejercicio de dicho derecho de retención y denuncian la infracción de los artículos 278 C.D.C.C. y 453 C.C. Por lo que se refiere al artículo 453, resulta aquí también inaplicable, porque la posesión de las fincas ya la perdieron los recurrentes el 20 de junio de 1988, por lo que mal puede retenerse lo que no se tiene. En cuanto al artículo 278 C.D.C.C. no puede considerarse infringido, porque el supuesto que permite ejercer el derecho de retención es la edificación, plantación, siembra o roturación en suelo ajeno, lo que no sucede en el presente caso en que se ha perdido la posesión.

El Fundamento Jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Superior examina el motivo que denuncia la infracción del artículo 452 C.C. Según los recurrentes la cosecha por ellos plantada, cultivada y recogida debe ser percibida por ellos o bien repartida como establece el artículo 452 C.C., ya que si la sentencia de instancia presume la buena fe de los actores, éstos deben tener derecho a los frutos de la finca en el año en que se perdió su posesión. En la contestación a la demanda, los demandados formularon reconvencción por el producto de la cosecha recogida por

los actores una vez recobrada la posesión de las fincas y la reconvencción fue estimada. El presente motivo no se basa en los derechos adquiridos en la compraventa, sino en sus derechos como poseedores y cultivadores frente a los derechos de aquellos que recobraron las fincas y fueron repuestos en su titularidad dominical. En este contexto, el artículo 452 faculta a los poseedores, ahora recurrentes, para exigir que se les paguen los gastos hechos para la producción de la cosecha y del producto líquido de la misma en proporción al tiempo de su posesión, por lo cual se estima el séptimo motivo del recurso.

El Fundamento Jurídico séptimo desestima el siguiente motivo del recurso que alega *infracción del principio y doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto*. Aun prescindiendo de que no se dan los requisitos para que el motivo prospere en casación, ya que sólo se cita una sentencia del Tribunal Supremo, tampoco se puede admitir éste porque, en el caso presente, no se dan los presupuestos de aumento patrimonial del enriquecido, empobrecimiento del actor, falta de causa que justifique tal enriquecimiento e inexistencia del precepto legal que impida la aplicación del principio, pues no son los recurrentes, sino los vendedores, los que realizaron las mejoras.

Finalmente, el último de los motivos alegados, fundamentado al amparo del derogado número cuatro del artículo 1692, se refiere al error en la apreciación de la prueba. Los recurrentes, sin señalar ningún documento demostrativo de la equivocación, requisito que el precepto indicado exigía, se limitan a valorar a su propio criterio la prueba pericial realizada, intentando sustituir al juzgador de Instancia en su facultad de apreciación e interpretación de la prueba, tarea que queda al margen del recurso de casación.

Por todo lo cual el Tribunal falla estimando en parte el recurso, disponiendo que la reconvencción estimada en las sentencias de Instancia deberá aceptarse con expresa reserva a favor de los recurrentes del importe de los gastos hechos en la producción de la cosecha y del producto líquido de aquella en proporción al tiempo de posesión de la finca. Se confirma en los demás aspectos la sentencia impugnada.

V.— Sentencia de 23 de diciembre de 1993.

El Banco de los Pirineos presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra Doña Teresa V.S. en la que se solicitaba se declararan prescritos dos censos inscritos a favor de la demandada y que gravan la propiedad de la actora. Subsidiariamente se solicitaba la

redención de dichos censos satisfaciendo a la demandada las cantidades correspondientes para la redención de pensiones y laudemios. La sentencia del juzgado estimó la pretensión principal y la dictada en apelación confirmó esta resolución. La demandada formalizó recurso de casación fundamentado en siete motivos.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Superior desestima el motivo primero del recurso al entender que son inaplicables al caso los artículos 299.6 y 344 C.D.C.C. El recurrente alega que la demanda se interpuso en abril de 1990 y que desde la aprobación de la Compilación catalana el 22 de julio de 1960 y dicha presentación no han transcurrido treinta años, ya que según la disposición transitoria séptima de la C.D.C.C., que se remite a las disposiciones transitorias del C.C. y especialmente al artículo 1939 del mismo, la prescripción comenzada antes de la publicación de la citada ley se regirá por las disposiciones anteriores a la misma, que, según el recurrente, no establecía que los censos enfitéuticos en Cataluña prescribieran por el impago de pensiones. El Tribunal Superior considera por el contrario que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la prescriptibilidad de los censos en Cataluña por aplicación del *Usatge Omnes Causae* y a partir de la ley de censos de 31 de diciembre de 1945 los tratadistas admitieron cada vez más la prescriptibilidad de los censos basándose en el artículo 44 de dicha ley. La progresiva tendencia liberalizadora de las Leyes de 1945, 1957 y 1990 está en armonía con el artículo 299.6 C.D.C.C. y el 10 d) de la Ley de Censos de 16 de marzo de 1990.

Las razones expuestas al examinar el primer motivo del recurso son suficientes para desestimar los motivos segundo, tercero y cuarto ya que parten de la idea de que las leyes anteriores a la Compilación no admitían la prescriptibilidad de los censos, afirmación que el Tribunal Superior rechaza.

El fundamento jurídico sexto desestima el motivo quinto del recurso ya que pretende alterar la apreciación probatoria de la instancia, sustituyendo el criterio del juzgador por el sustentado por el recurrente, todo ello sin aducir argumentos convincentes demostrativos de una infracción legal de la citada apreciación probatoria.

Finalmente, como último motivo del recurso se alega aplicación indebida del *Usatge Omnes Causae*, ya que según el recurrente no puede pretenderse aplicar dicho *Usatge* a una situación jurídica ocurrida en el año 1988 amparada en las leyes de 1945 y 1957. Si se tiene en cuenta la irretroactividad de los artículos 299.6 y 344 C.D.C.C. y 10 d) de la Ley de Censos de 1990, con mayor motivo debe inaplicarse el *Usatge Omnes Causae*, ya que deben aplicarse las Leyes de 1945 y 1957. De nuevo el Tribunal Superior pone de relieve que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde los años 1877 a 1956 admite reiteradamente la prescriptibilidad de los censos si el censalista dejaba trans-

currir treinta años sin reclamar la pensión y que, además, el artículo 44 de la Ley de 1945 admite la prescriptibilidad y que el artículo 14 de la Ley de 1957 no deroga el citado artículo 44.

La sentencia del Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de 4 de julio de 1960 que se refiere a la impugnación de las liquidaciones de plus valía giradas por el Ayuntamiento por razón de la adquisición de sus derechos de censos no supone que sea falso lo constatado por la Audiencia, es decir que no se han cobrado las pensiones por más de treinta años, ni se ha realizado acto alguno durante igual plazo que evidencie la vigencia del censo.

Por todo ello el Tribunal Superior desestima el motivo y también el recurso de casación.

VI.— Sentencia de 14 de febrero de 1994.

La presente sentencia parte de la premisa de la naturaleza extraordinaria y limitada del recurso de casación, en el cual el control de los hechos y su valoración queda reducido a examinar si se ha producido infracción de las normas que regulan la apreciación de la prueba.

En el caso de autos, el demandante y ahora recurrente ejercita una acción declarativa de dominio sobre determinadas porciones de terreno sin edificar, alegando que las había adquirido por la posesión pacífica e ininterrumpida con animus domini durante más de treinta años. Esta posesión, según el motivo cuarto del recurso de casación arrancaba de un título derivativo de compraventa perfeccionado verbalmente hacia los años 1940 o 1941. Por ello el recurrente solicitaba de la Sala la declaración de nulidad de la inscripción registral del dominio sobre dicho terreno a favor de los demandados.

El fundamento de derecho segundo del la sentencia del Tribunal Superior pone de relieve que el actor no ha logrado probar que había ostentado la posesión *ad usucapionem* durante los treinta años que exige el art. 342 C.D.C.C., ya que, junto a algunas declaraciones de escaso valor probatorio, sólo ha aportado documentación administrativa en ningún caso anterior al año 1967 y que, en su mayor parte, no se refieren a la finca litigiosa. Por ello desestima el motivo cuarto y, como consecuencia, los restantes motivos que pretenden la declaración de nulidad de la inscripción registral de dominio de la finca a favor de los demandados, ya que, prescindiendo de otras consideraciones, el artículo cuarenta de la L.H. establece que la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no este inscrito, o que lo este erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto. Por lo cual resulta que la acción de rectificación del

asiento registral es inseparable del dominio o derecho real de que se derive y del que, en este caso, el actor no es titular.

Por todo ello el Tribunal Superior falla desestimando el recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona.

VII.— Sentencia de 26 de marzo de 1994.

Ante el Juzgado de Primera instancia de Barcelona presentó una demanda la Comunidad de propietarios de la calle Calvet solicitando se condenara a la demandada a salir de la finca de los actores, retirando de la misma la construcción metálica existente sobre el tejado de la finca y reponiendo a su estado anterior la pared medianera. El indicado juzgado desestimó la demanda, por considerar que se trataba de una inmisión tolerable, ya que no perjudicaba a los demandados. La comunidad de propietarios interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante la Audiencia, que estimó el recurso y condenó a la ahora demandada a retirar la construcción metálica en cuyo interior se hallaba la maquinaria del aire acondicionado del local propiedad de la misma y a reponer a su estado anterior la pared medianera que separaba las fincas.

La demandada, ahora recurrente, formalizó recurso de casación por infracción del artículo 3.2 de la ley catalana de Acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad de 9 de julio de 1990, estimando que la colocación de un departamento cerrado con paneles metálicos con la finalidad de aislar la maquinaria de un sistema de climatización que invadía el espacio aéreo de la finca vecina en una superficie de 8 metros cuadrados constituía una inmisión tolerable, de acuerdo con la citada ley catalana.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia del T.S.J.C. pone de relieve dos apreciaciones de principio para desestimar el recurso. Por un lado, desde la perspectiva formal, considera que la casación no fue correctamente formulada, dada la inconcreción o ambigüedad del único motivo del recurso, ya que no se especifica, como es preceptivo, cual es el precepto que se considera infringido, la amalgama de citas ocasiona confusión y oscuridad y sólo se cita una sentencia favorable a la tesis defendida, cuando para sustentar el recurso en la jurisprudencia hay que citar dos. Por otro, desde el punto de vista sustancial declara que el supuesto de hecho integra una servidumbre y no puede calificarse de inmisión. Como pone de relieve la doctrina mayoritaria, la inmisión en sentido técnico es una intromisión indirecta sobre el predio vecino producida por la actividad del propietario en el ejercicio de sus facultades dominicales, que comporta la intromisión en el predio

vecino de sustancias corpóreas o inmateriales como consecuencia de su propia actividad, pero no abarca las injerencias por vía directa o por actos materiales, que determina el concepto de servidumbre. Servidumbre es, según la sentencia, la atribución de una utilidad de un fundo en perjuicio de otro. Las inmisiones se valoran en el ámbito de la función social, se mide si encajan o no en el régimen normal y ordinario de la propiedad y constituyen límites del dominio, que no requieren acto constitutivo, en tanto las servidumbres son limitaciones, en sentido técnico, que requieren acto constitutivo, sea forzoso o voluntario.

La servidumbre que se contempla en el caso sólo cabría constituirse por la voluntad de los interesados, que ni consta, ni es factible presumir. Por no tratarse de una inmisión huelga discutir sobre la obligación o no de tolerarla, ni puede hablarse de *usus inicui*, cuando lo que pretende crearse es una afección real. Tampoco cabe argumentar que el demandante abusa de su derecho, si se tiene en cuenta que la caseta litigiosa obedece a razones de comodidad y no de necesidad y que el único beneficio que se produce a los demandados es evitarles las molestias que se producen por y en utilidad del titular la obra y que la comunidad demandante no tiene obligación de tolerar.

Por todo ello el T.S.J.C. falla desestimando el recurso de casación.

VIII.— Sentencia de 13 de junio de 1994.

La cuestión fundamental que resuelve la presente sentencia tiene su origen en dos pleitos que se acumulan. En el primero el Sr. Arie D. reclama que se condene a los demandados a realizar las obras de consolidación de la montaña que divide las propiedades de los litigantes, eliminando el riesgo de desprendimiento de rocas y tierra, a reparar los daños sufridos en la casa de su propiedad, a reparar los perjuicios derivados de la imposibilidad de ocuparla y a reparar otros daños que se le hayan ocasionado como consecuencia del movimiento de tierras. En el segundo pleito, que se acumuló al primero, la Comunidad de propietarios del edificio N. pedía se dictara sentencia condenando a los demandados al resarcimiento de los daños causados al muro de contención situado entre ambas fincas y se declarara que dicho muro fue construido con mala fe en contra de lo preceptuado por la licencia municipal de obras. Por ello, también se solicita se declare la poca pericia del arquitecto, del aparejador y del constructor que construyeron dicho muro excavando por debajo de las cotas previstas en la licencia municipal. Por último, pedían se condenara a los demandados al pago del importe de las obras de levantamiento y construcción de dicho muro, que orde-

nó el Ayuntamiento de Rosas y que pagó el edificio N., así como las costas del procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en que desestimaba la demanda promovida por el Sr. Arie D. y absolvía a los demandados. Así mismo desestimaba la demanda promovida por la comunidad de propietarios del edificio N. y otros. La Audiencia de Barcelona dictó sentencia desestimando el recurso de apelación presentado por la comunidad de propietarios del edificio N. y otros y estimando el recurso presentado por el Sr. Arie D. Revocando en parte la sentencia del juzgado condenó a la comunidad de propietarios del edificio N. y otros a realizar las obras de consolidación de la montaña, eliminando el riesgo de desprendimientos, así como a realizar las obras necesarias para reparar los daños sufridos en la casa propiedad del Sr. Arie D. y a indemnizarlo de los perjuicios derivados de la imposibilidad de ocupar dicha casa.

La comunidad de propietarios del Edificio N. y otros, es decir los propietarios del predio superior, formalizaron recurso de casación ante el T.S.J.C. por infracción o interpretación errónea del artículo 291 C.D.C.C., actualmente sustituido por el artículo 38 de la Ley de 9 de julio de 1990 del Parlamento de Cataluña. La sentencia impugnada aplicaba al supuesto de hecho la presunción que establece el artículo 291 C.D.C.C. que considera que los márgenes o ribazos que separan predios vecinos, así como las paredes que los revisten son propiedad del predio superior, por ello, dado que el edificio N. está nivel superior a la casa del Sr. D. considera que el terreno que separa las dos fincas es propiedad del primero. Por ello, aplicaba la doctrina de que el amo de la cosa que ha producido el daño está obligado a indemnizar al perjudicado, sea o no culpable de los mismos. Aplica con ello la doctrina jurisprudencial del riesgo y de la inversión de la carga de la prueba que enseña que cuando las garantías adoptadas para evitar el daño previsible no han dado resultado ello revela su insuficiencia y la falta de una completa diligencia. Todo ello se basa en la determinación de quien era el propietario del trozo de montaña que separaba las fincas, que sería como consecuencia de ello el responsable del daño. Como de las pruebas aportadas no puede deducirse dicha propiedad, la Audiencia aplica la presunción del artículo 291 C.D.C.C. y por ello condena a reparar el daño causado a los propietarios del predio superior. El problema que debe resolverse es interpretar que alcance tiene la expresión márgenes y riberas de dicho artículo. El recurrente, en el único motivo de casación, alega que dicha expresión no puede referirse al plano inclinado de una montaña y la sentencia del T.S.J.C. estima el motivo en el fundamento de derecho cuarto, poniendo de relieve que el artículo citado (sustituido actualmente por el artículo 38 de la Ley 13/1990 de 9 de julio) se refiere exclusivamente a los márgenes o ribazos y no a los planos inclinados o pendientes de las montañas, que son cosas completamente diferentes. Al no constar, ni poder presumirse quien era el propietario de la ladera de la montaña que separa los predios de la que se desprendieron tierra

y rocas que causaron los daños citados, no pueden condenarse a los amos del predio superior a que se hagan cargo de reparar los perjuicios ocasionados.

Por todo ello se casa la sentencia de la Audiencia y, en el mismo sentido que el juez de instancia, se absuelve a los demandados en los dos procedimientos acumulados ya que no ha podido probarse que la negligencia de alguno de ellos fuera la causante de los daños, ya que la causa última del desprendimiento de tierra y rocas fue la configuración geológica de la montaña, o sea debida a causas naturales no imputables a las obras realizadas por las partes.

IX.— Sentencia de 17 de octubre de 1994.

Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistas las actuaciones de este juicio en el que el demandante solicitaba se declarara que la ventana abierta en la pared de una casa de Torredembarra no constituía servidumbre de luces ni vistas en favor de la referida casa sobre la finca contigua del actor, que tampoco el cubierto de plástico que cubría el patio de luces de la casa constituía servidumbre de vertido de aguas pluviales en favor de dicha finca sobre la contigua del actor. Por ello y por no existir ninguna otra servidumbre, pedía se condenara a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, cerrar la ventana, retirar el cubierto del patio de luces y evacuar las aguas pluviales a través de la propia finca de la demandada, realizando cuantas obras fueran necesarias para asegurar todo ello.

El Juzgado de Primera Instancia falló estimando parcialmente la demanda y declarando que el cubierto de plástico del patio de luces no constituía servidumbre y condenando por tanto a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a retirar el cubierto citado y a evacuar las aguas pluviales que caen sobre el patio a través de la finca propiedad del demandado, desestimando la demanda en el resto de las pretensiones. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y declaró que la ventana abierta no constituía servidumbre de vistas en favor de la referida casa y sobre la finca contigua y que no existía ninguna otra servidumbre a favor de ella, por lo cual condenaba a la demandada a cerrar la ventana citada, quedando confirmada la sentencia del Juzgado en sus restantes pronunciamientos.

Contra la anterior sentencia se presentó recurso de casación ante el T.S.J.C. al amparo del artículo 1692.4 L.E.C. por infracción de los artículos 6 y 11 de la ley 13/90 de 9 de julio, así como su Disposición

derogatoria, en relación a las normas de derecho transitorio de la propia ley.

En el fundamento de derecho primero el Tribunal Superior plantea el problema en los siguientes términos: los demandados son propietarios de una casa en cuya pared se abre una ventana que toma luces y vistas directamente sobre la finca del actor. La ventana existe desde que se construyó la casa hace más de ochenta años. El actor ejercita la acción negatoria por estimar que no existe título que legitime la servidumbre, mientras que los demandados alegan usucapión. Como pone de relieve el fundamento de derecho segundo en la regulación civil catalana sobre la posibilidad de usucapir la servidumbre de vistas cabe distinguir tres etapas: la primera anterior a la Compilación de 1960, en que la servidumbre que el derecho romano llamaba *prospectus*, no puede adquirirse por usucapión en aplicación de lo dispuesto en las Ordinacions de Sanctacilia números 61 y 62. La recta interpretación de ambas disposiciones lleva a la conclusión de que la no usucapibilidad de dicha servidumbre deriva de que no son susceptibles de cuasi posesión por tratarse de actuaciones meramente toleradas. La segunda etapa viene regulada por la Compilación catalana de 1960, que era taxativa al enumerar en el artículo 283 una serie de servidumbres que no pueden adquirirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, entre ellas cita la de luces y vistas. Finalmente la tercera etapa puede encontrarse en la Ley 13/1990 de 9 de julio, que deroga expresamente el artículo 283 y declara con carácter general que todas las servidumbres pueden constituirse por título, por usucapión o por disposición legal (artículo 6) y que la adquisición de las servidumbres por usucapión tiene lugar mediante la posesión pacífica, pública e ininterrumpida en concepto del titular del derecho por un período de treinta años.

El problema que debe resolverse es cual es la disposición aplicable al supuesto, cuestión que debe ser resuelta de acuerdo con las normas de derecho transitorio. Dado que la Ley 13/1990 sólo contiene disposiciones transitorias referentes a las paredes de carga y plantaciones, debemos acudir a las disposiciones transitorias del C.C. y también al artículo 1939, que la jurisprudencia ha considerado como derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las leyes que no posean normas propias de transición. Si tenemos en cuenta todo ello, hemos de concluir que el lapso para la prescripción trentenal, que por vez primera admite la ley catalana, empieza a correr desde que entró en vigor la nueva ley y no puede sumársele el periodo transcurrido con anterioridad, cuando el transcurso del tiempo no tenía eficacia para la adquisición de la servidumbre de vistas. Ello se deriva de la regla general de irretroactividad de las leyes, especialmente cuando perjudican derechos adquiridos según la legislación anterior, ya que las disposiciones que sancionan con privación de derechos que carecían de sanción en las leyes anteriores no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en omisión o ejecutado un acto

prohibido en el Código. Más específicamente el artículo 1939 C.C. dice que la prescripción comenzada antes de la publicación del Código se rige por las leyes anteriores al mismo. Bajo la vigencia del artículo 283 de la Compilación de 1960 el dueño del pretendido fundo sirviente sabía que su inactividad frente al colindante era interpretada por el ordenamiento como un acto de mera tolerancia que, por mucho que se prolongara en el tiempo, nunca podía dar lugar a que adquiriera el derecho real de servidumbre de vistas. El cambio legal sólo puede operar a partir de su entrada en vigor, pero no cambia retroactivamente la eficacia de los eventos acaecidos antes de su promulgación. Con ánimo únicamente de avanzar en la interpretación de la nueva ley, la sentencia destaca que quizá sería posible llegar a la misma solución partiendo de la hipótesis de que, a pesar de las apariencias, el derecho catalán no ha sufrido cambios tan radicales, la no usucapibilidad histórica de la servidumbre de vistas deriva de que no es susceptible de cuasi posesión, por considerarse actos tolerados. La doctrina reconoce que la cuasi posesión de las servidumbres negativas empieza desde que se realiza cualquier acto obstativo a la libertad del dominio del predio sirviente, abrir ventanas o tomar vistas sobre el predio vecino es un acto prohibido por la Ley de 1990, que si se mantiene por mera tolerancia comporta una detentación precaria que sólo puede convertirse en *cuasi posesión ad usucapionem* cuando se mantiene tras un acto obstativo del otro propietario, pues, a partir de entonces se posee en concepto de titular del derecho de servidumbre. Aplicando esto al caso de autos, la actitud tolerada sólo se convierte en posesión computable a partir de que el acto obstativo del actor es rechazado por los demandados y no por el mero cambio legislativo.

Por todo ello se desestima el recurso.

X.— Sentencia de 1 de diciembre de 1994.

E.S.L. presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en que solicitaba que se declarara que había adquirido el dominio por prescripción adquisitiva de la finca objeto del pleito, ya que la había poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente durante más de treinta años. Por ello solicitaba se inmatriculara en el Registro y se inscribiera el dominio a su favor. Los demandados se opusieron. El Juzgado estimó íntegramente la demanda y los demandados recurrieron ante la Audiencia, la cual dictó sentencia desestimando el recurso.

El primer motivo del recurso alegaba infracción del artículo 201.3 de la L.H., ya que la sentencia impugnada permitía la inmatriculación de la finca sin citación del Ministerio Fiscal, ni de la sociedad LL. S.A.

de la cual procedía la finca, ni del Ayuntamiento como titular de la vía pública. El fundamento de derecho segundo rebate dichos argumentos y entiende que el artículo 201 L.H. regula el procedimiento específico del expediente de dominio y que la intervención del Ministerio Fiscal no es necesaria cuando se trata de un procedimiento declarativo ordinario en que no haya ausentes, menores, ni incapaces. Tampoco es necesaria la citación de la sociedad LL. S.A., ni del Ayuntamiento, ya que no se trata de inmatricular mediante un expediente de dominio, sino de un declarativo ordinario y ni la sociedad, ni el Ayuntamiento tienen un interés directo en la resolución del caso.

El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 342 C.D.C.C., ya que considera que la posesión del demandado no era a título de dueño exclusivo, sino compartido hasta el año 1970, con lo cual no han transcurrido los treinta años que exige el ordenamiento catalán para la *usucapión*. El fundamento de derecho cuarto desvirtúa estos razonamientos, alegando que desde 1943 a 1970 la posesión del demandante compartida con su socio aprovecha al primero para completar el periodo de treinta años que exige el ordenamiento catalán, ya que después de 1970 poseyó como propietario exclusivo hasta alcanzar dicho período de tiempo.

Los fundamentos de derecho quinto y sexto se basan en la naturaleza de la casación, el primero destaca que no pueden alegarse errores in iudicando, sino sólo vicios del procedimiento, mientras que el segundo pone de relieve que la sentencia impugnada no interpreta equivocadamente el contrato sino que declara que no incluía la finca litigiosa y como esta declaración no resulta ni se demuestra ser absurda ni manifiestamente equivocada no es impugnable en casación.

El fundamento de derecho séptimo desestima el quinto y último motivo del recurso que alega que la acción declarativa de dominio sólo puede dirigirse contra las personas que perturben o se atribuyan la propiedad en litigio y que, por ello, no debía ser llamada al proceso la sociedad M.S.A. A dicha argumentación responde la sentencia de la Audiencia cuando señala que la actora no sólo ejercita una acción declarativa de la propiedad, sino que pretende la inmatriculación de la finca, para lo cual es necesaria una petición complementaria a la primera en la que están legitimados pasivamente los titulares de los predios adyacentes. Debe tenerse en cuenta, además, que la acción declarativa de dominio no exige que el demandado sea poseedor por lo que se ha de dirigir contra todo aquel que desconozca, dude o discuta la propiedad que se reivindica y debe ponerse de relieve que la posición de la sociedad M.S.A. es de verdadera oposición a la demanda.

Por todo ello no se estiman ninguno de los motivos articulados y se desestima el recurso de casación.

XI.— Sentencia de 21 de diciembre de 1994.

Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló una demanda ejercitando la acción negatoria por uso indebido de una pared medianera. Los demandantes pedían se declarara que la pared medianera que dividía las fincas de demandantes y demandados era propiedad exclusiva de los primeros, y que, por tanto, eran ilegales e ilegítimas las perturbaciones llevadas a cabo sobre la propiedad de los actores. Como consecuencia de lo anterior se solicitaba se condenara a los demandados a dejar la pared en el estado en que se encontraba antes de las perturbaciones citadas, demoliendo todos los elementos de construcción que se encontraran a menos de tres metros de distancia de la pared divisoria, que se dejara el suelo de la finca en su nivel inicial, que se eliminaran las piedras de adorno incrustadas en la pared, la ducha, el grifo, la tubería, el foco halógeno, la caja de conexiones, la figura de cerámica, el farol y todas las instalaciones eléctricas adosadas a la citada pared y que se indemnizaran los daños y perjuicios causados.

Los demandados pedían que se declarara la falta de jurisdicción del Juzgado respecto de la primera condena y que se desestimaran las peticiones formuladas, al mismo tiempo formulaban reconvencción en la que pedían que se declarara que la pared que dividía las fincas se construyó en su totalidad dentro de la parcela propiedad de los demandados o, con carácter subsidiario, que la pared era medianera, que los demandantes debían pagar el precio del suelo que ocuparon de manera indebida, que las construcciones que se encontraban adosadas a la pared divisoria en la parcela de los demandantes facilitaban el acceso a la finca de los demandados y comportaban una perturbación indebida de sus derechos y que en la finca de los demandantes había unos árboles que estaban situados a menor distancia de la perennitida y cuyas ramas facilitaban el acceso a la finca. Afirmaban también el derecho de los demandados a mantener las instalaciones adosadas a la pared divisoria o, subsidiariamente asumiendo la obligación de pagar la mitad del valor de la pared de acuerdo con su coste efectivo.

El Juzgado desestimó la demanda promovida por Ana M.^a C.D. y Ana D.S. y también la reconvencción. La Audiencia estimó parcialmente el recurso presentado por las demandantes, declarando que la pared en litigio era propiedad de las demandantes, por lo que había que devolver las cosas a su situación original, demoliendo las obras realizadas y nivelando el suelo, por el contrario, absolvió a los demandados de la indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a la reconvencción mantuvo íntegramente la sentencia del Juzgado. Tanto la parte demandante como la demandada formularon recurso de casación.

El T.S.J.C. desestima en primer lugar la solicitud de que no se admitiera a trámite el recurso ya que la cuantía era inferior a seis millones de pesetas. La sentencia pone de relieve que la parte actora no fijó la cuantía del litigio en la demanda, no se hicieron las reservas o protestas en el momento procesal oportuno por lo cual no puede ahora declararse inadmisibile el recurso, ya que esta omisión no puede perjudicar a la otra parte. Se trata por tanto, de un litigio de cuantía inestimable que hay que admitir a casación, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional.

También se desestima el primer motivo de casación que alega incongruencia omisiva, pues señala la sentencia que la omisión es aparente ya que la desestimación de la demanda reconventional da una respuesta negativa al conjunto de las peticiones y el Tribunal ha observado un respeto absoluto en relación a los hechos, que son los únicos elementos que están a disposición exclusiva de las partes.

El segundo motivo de casación alega indefensión, porque tanto el Juzgado como la Audiencia denegaron la práctica de una prueba, si bien es cierto que las partes pidieron la prueba de reconocimiento judicial de la finca y que el Juzgado la denegó, debe tenerse en cuenta que no fue formulado recurso de reposición contra dicha denegación. También fue denegada dicha prueba por la Audiencia, pero contra la desestimación de la misma sólo formuló recurso de súplica la parte actora, recurso que fue desestimado.

El cuarto motivo del recurso alega la infracción por vulneración del artículo 34 de la Ley catalana 13/1990 de 9 de julio por inaplicación del artículo 38 de la misma ley y por infracción de la presunción del artículo 573.4 del C.C. *a sensu contrario*, cuando declara que la pared que separa las fincas no es medianera sino que pertenece a la parte actora. En relación a este punto, destaca la sentencia que hay que tener en cuenta que la Audiencia decidió basándose en unas pruebas y unos supuestos de hecho que no son desvirtuados por la parte que recurre y que no pueden modificarse en casación.

El fundamento de derecho séptimo desestima el quinto motivo de casación que alega la infracción del artículo 35 de la ley citada, los artículos 591 y 592 del C.C. y el artículo 20 de las Ordenanzas de la urbanización. La desestimación del motivo se fundamenta por un lado, en que la infracción del artículo 20 de las ordenanzas de una urbanización no pueden fundamentar un recurso de casación, por otro, tampoco puede invocarse infracción del artículo 591 del C.C. ya que dicho artículo no esta vigente en Cataluña. En lo referente a la infracción de los artículos 592 C.C. y 35 de la Ley catalana, dicha infracción no existe, ya que la sentencia recurrida no los infringe sino que no los aplica en base a las pruebas y actuaciones que muestran que no se da el supuesto fáctico, y esta apreciación no puede revisarse en casación.

Tampoco puede estimarse el motivo sexto del recurso, ya que la doctrina y la jurisprudencia de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona no constituye jurisprudencia a efectos del recurso de casación.

La sentencia del T.S. no considera infringidos los artículos 353, 358 y 361 del C.C., ya que las argumentaciones no destruyen las bases fácticas que fundamentan la decisión de la Audiencia y en cuanto al último artículo porque, además, no rige en el Derecho civil de Cataluña.

El fundamento de derecho décimo desestima la invocación que el recurso hace al artículo 3 de la Ley catalana, recordando que una cosa son las inmisiones, o injerencias indirectas, y otra la invasión de las paredes medianeras o las servidumbres. En el caso en litigio no se producido ninguna inmisión sino, en todo caso, una injerencia directa por actos materiales.

Por último, aunque es cierto que el que ejercita la acción negatoria ha de probar su derecho de propiedad sobre la finca, la parte recurrente se basa en que la pared es medianera, sin haber destruido el criterio de la Sala de Instancia contrario a la medianería.

Por todo ello desestima el recurso.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE FAMILIA

En materia de Derecho de familia el T.S.J.C. ha tenido ocasión de examinar los problemas que se recogen en las siguientes sentencias:

I.— Sentencia de 25 de enero de 1993.

Doña Josefa presentó una demanda ante el Juzgado de Primera instancia en la que se solicitaba se dictara sentencia en la que se declarara que el demandado Don Manuel era padre de la menor Miriam-Pilar y se le obligara a satisfacer alimentos para la misma. El Juzgado estimó íntegramente la demanda, condenando a Don José Manuel al pago de una pensión a Doña Josefa en concepto de alimentos para su hija. La sentencia declaraba la paternidad de Don José Manuel basándose en la relación de noviazgo que hubo entre ellos en la época de la concepción de la menor, unido a la negativa reiterada del demandado a someterse a las pruebas biológicas para determinar la paternidad. La Audiencia revocó dicha sentencia en una nueva valoración del material probatorio, estimando que los testigos no concretaron la relación que existía entre las partes, considerando la prueba efectuada de nula fiabilidad.

El Fundamento de derecho tercero de la sentencia del T.S.J.C., pone de relieve que la negativa a someterse a pruebas biológicas con la finalidad de investigar la paternidad sólo tiene un valor indiciario, de tal manera que para darle valor definitivo necesita estar unida a otras pruebas que puedan producir el convencimiento de la paternidad que se reclama. Partiendo de la base de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas pertinentes no es suficiente por si sola para afirmar una paternidad, todo depende de la valoración que se de a la otra prueba aportada: la de testigos. El Tribunal de Instancia la consideró suficiente para probar que había habido relaciones sexuales entre las

partes al tiempo en que fue concebida la menor, la Audiencia, que no está en modo alguno sujeta a las apreciaciones del juez de primer grado, entendió que el planteamiento de la prueba testifical era ambiguo, ya que versó sobre si demandante y demandado salían juntos, si eran novios, si existía una relación sentimental, cuando lo que interesaba saber es si entre ambos hubo intimidad física completa idónea para procrear. Dado que esto último no quedó probado, la negativa a someterse a las pruebas biológicas no estaba acompañada de otras pruebas concluyentes que permitieran afirmar la paternidad en litigio, por lo cual la Audiencia desestimó el recurso.

Por todo ello, también el Tribunal Superior debe desestimar el recurso, dado que la valoración de la prueba que la Sala realizó no fue impugnada en el recurso de casación, ni el Tribunal Superior puede examinarla de nuevo, ya que la casación no es una tercera instancia. Si tenemos en cuenta, además, que cabe decir ex abundantia que la prueba de testigos obrante en autos es claramente insuficiente, por lo que el fallo ha de ser necesariamente desestimatorio del recurso.

II.— Sentencia de 10 de mayo de 1993.

Doña Olga y Don Manuel habían contraído matrimonio con sujeción al régimen de separación de bienes. Constante dicho régimen, adquirieron un inmueble que, una vez producida la separación judicial de los cónyuges, la mujer defendía que era propiedad de ambos, mientras que el marido afirmaba que era de su exclusiva propiedad, ya que el dinero con que se pagó la adquisición del terreno y la construcción de la casa provenía, según él, de su peculio particular. En consonancia con su manera de pensar, Doña Olga pedía en su demanda la extinción de la comunidad existente sobre el terreno y la edificación y, mediante la venta en pública subasta del inmueble, el reparto del precio obtenido por mitad entre ambos cónyuges. Don Manuel se opuso, afirmando que tanto el terreno como la casa eran de su exclusiva propiedad y, para el caso de que se estimara que sólo la casa le pertenecía, también debía pertenecerle el terreno por accesión invertida y, si todo ello no se admitiera, formulaba reconvencción solicitando se condenara a la actora al pago de la parte correspondiente a la misma del precio del solar y el importe de la construcción de la casa, incrementado en el valor de la actualización del dinero.

El Juzgado falló estimando parcialmente la demanda, señalando un plazo de dos meses para que las partes llegaran a un convenio sobre la adjudicación de la casa y el terreno a uno sólo de los cónyuges previo el pago del adjudicatario de la mitad de su valor, transcurrido el cual sin haberse producido el convenio se procedería a la pública subasta del bien, a fin de repartir el precio entre los cónyuges. Contra la citada sentencia ambas partes interpusieron recurso ante la Audiencia, que los estimó parcialmente declarando disuelta la comunidad y manifestando que el marido ostentaba un crédito sobre el patrimonio de la ac-

tora de dos millones novecientas cincuenta mil pesetas. También se disponía que, una vez valorado el terreno y la edificación, se ofreciera al marido el plazo de dos meses para adjudicarse el mismo, pagando la mitad del valor a su esposa, una vez descontado el crédito que ostentaba sobre la misma, si el marido no se aceptaba esta posibilidad, se le ofrecía la misma a la esposa y a falta de adjudicación se entendía que debía procederse a la pública subasta del inmueble. La diferencia entre ambas sentencias derivaba de que la Audiencia, a diferencia del Juzgado, consideraba que la construcción también era propiedad de ambos, si bien, como el importe de ésta fue pagado en su totalidad por el marido, reconocía al mismo un crédito dinerario contra su esposa por la mitad del dinero desembolsado.

La sentencia de la Audiencia es recurrida por Don Manuel basándose en tres motivos: la infracción de los artículos 49.3 C.D.C.C., del 361 C.C. y del 359 L.E.C., con la advertencia que los dos últimos se plantean con carácter subsidiario. La sentencia del T.S.J.C. pone de relieve que el recurrente no planteó en la apelación ante la Audiencia impugnación alguna en cuanto a la propiedad del solar, por lo que la apreciación del Juzgado de que era propiedad de ambos cónyuges y de que el precio con el que se pagó la adquisición pertenecía a los dos adquirentes devino firme y no puede alterarse en casación. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la construcción de la casa se efectuó entre los meses de septiembre del 81 y septiembre del 82, mientras que la compra del terreno se formalizó en escritura pública en diciembre del 82, accediendo al Registro de la Propiedad el 9 de septiembre del 83. De todo ello hay que concluir que el artículo 49 de la C.D.C.C., que se dice infringido por la Audiencia y que fue introducido en la reforma de la Compilación catalana en 1984, no estaba vigente cuando se realizó la adquisición y la construcción objeto de litigio. Tampoco resulta favorable a la tesis del recurrente la aplicación de la normativa anterior al 1984, que era la aplicable al supuesto, por un lado, habida cuenta del planteamiento de la *litis* que no cita como infringida dicha normativa, lo que dificultaría la aplicación del artículo 23 de la C.D.C.C. de 1960 que recogía una de las llamadas presunciones mucianas, por otro porque dicho artículo 23 fue considerado inconstitucional una vez aprobada la vigente Constitución española. Por último, porque tampoco en dicho artículo podía encontrarse una presunción legal favorable a que el titular del dinero es titular de la cosa adquirida por el. Aunque es cierto que, en ocasiones, este hecho pueda llevar a una presunción judicial, debe tenerse en cuenta que el carácter legal o judicial de la presunción hacen variable el acceso de la misma a casación, posible en el primer caso pero no en el segundo. La discusión en torno a si la esposa trabajó o no en el negocio de su marido es irrelevante, ya que lo que se propone es una nueva valoración de la prueba testifical, valoración que constituye una facultad privativa del Tribunal de instancia, con camino vedado a la casación salvo en el supuesto de arbitrariedad.

La Audiencia mantiene la solución ponderada de estimar que hubo una especie de anticipo del dinero por el esposo, que se traduce en una obligación de reembolso por parte de la esposa. El artículo 49 C.D.C.C.

dispone que se presumen comunes los bienes adquiridos por un cónyuge cuando no puede justificar que los adquirió para el sólo, por ello, y con más razón, cabe presumir que son comunes los adquiridos por los dos. El precepto no dice que si uno de los cónyuges pone el dinero hay que presumirlo propietario único, ni ello es deducible del inciso final del artículo que, se refiere al caso de que se justifique que el bien lo adquirió uno sólo de los consortes, en cuyo caso se presume que el dinero empleado era sólo suyo. Prima pues, el principio de adquisición formal respecto del de subrogación real. Por ello debe desestimarse el primer motivo del recurso, pues el artículo 49 C.D.C.C. no ha sido infringido. El segundo motivo debe correr la misma suerte desestimatoria, ya que el artículo 361 C.C., que se cita como infringido, no constituye derecho vigente en Cataluña, por resultar incompatible con el artículo 278 C.D.C.C. que no se limita a conformar un derecho de retención, sino que regula los efectos jurídicos de la edificación de buena o mala fe en terreno ajeno, sin que en el caso de edificación de buena fe se contemple un derecho de opción, como ocurre en cambio en el artículo 361 C.C. Pero es que, además, el Tribunal pone de relieve que no nos hallamos ante un supuesto fáctico en el que sea operativa la normativa de la accesión, por lo que huelga cualquier consideración en tomo a la aplicación de los citados preceptos. Habiéndose declarado probada la adquisición del inmueble por ambos cónyuges, queda excluida la necesidad de acudir a otras figuras jurídicas para establecer su propiedad. Teniendo en cuenta, además, que la figura de la accesión invertida sólo se admite en nuestro derecho en el caso de la construcción extralimitada.

El tercer motivo del recurso alega falta de claridad e incongruencia en la sentencia impugnada, ya que el recurrente entiende que la esposa debería pagar a su marido la totalidad del valor del edificio, así como considera improcedente la afectación del patrimonio común al pago de la deuda. El motivo se desestima, porque si la propiedad es de los dos es injusto hacer que la esposa pague la totalidad del coste, como la suma que ha pagado de más el marido es la mitad del coste, el crédito que ostenta contra su esposa es del exceso de valor que ha pagado. Tampoco es cierto, según el T.S.J.C., que la sentencia impugnada afecte al patrimonio común para el pago de la deuda, sino que lo que efectúa es una compensación judicial para facilitar la liquidación de la deuda.

Por todo lo cual el Tribunal Superior desestima el recurso de casación.

III.— Sentencia de 19 de octubre de 1993.

Doña Dolores y Don Enrique, separados judicialmente discrepaban sobre dos puntos esenciales:

- 1) la titularidad de una póliza de seguro de prima única, que el marido asegura que le pertenece porque el dinero proviene de la caja de su negocio de comestibles, y que la esposa alega que proviene en su mayor parte de donaciones que su padre le hizo.

- 2) el importe de las rentas percibidas de una finca de la que son cotitulares, que la esposa afirma que le pertenecen por mitad y el esposo considera que deben descontarse los gastos que él pagó y que su mujer sólo admite en parte.

La sentencia de Primera Instancia estimaba la demanda formulada por Doña Dolores, pero rebajaba sus exigencias, considerando que los gastos eran mayores de lo que ella afirmaba, pero condenando al demandado a pagarle la mitad de las rentas de las fincas a partir del año 1991. Estimando también la reconvencción, condenaba a Doña Dolores a abonar al actor trece millones quinientas mil pesetas, ya que consideraba que el dinero invertido en primas únicas era de ambos. Contra dicha sentencia Doña Dolores interpuso recurso y la Audiencia lo estimó parcialmente, disminuyendo la cantidad fijada como gastos, basándose en errores de cálculo que razona y aumentando su cuota en las primas únicas, razonando que sólo procede resolver sobre la cantidad que la actora dice haber recibido en donación de su padre y que no probó y dejando el resto imprejuizado, a resultas de que, planteado en otro juicio, se resuelva sobre la pertenencia común o exclusiva del negocio de comestibles. Doña Dolores formalizó recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 por infracción del artículo 49.3 C.D.C.C., con base en que, probada la adquisición de la suma de veintisiete millones, el dinero es suyo, y subsidiariamente por infracción del artículo 1322 C.C., porque había justificado la cantidad de quince millones y no de doce. Don Enrique también presentó recurso por infracción del artículo 49.3 C.D.C.C. pidiendo una solución igual a la que dio el Juzgado y también por infracción de los artículos 1214 y 1253 C.C., por considerar que la Audiencia interpretó los hechos basándose en una prueba falsa.

El tema se reduce pues, al suscitado en reconvencción, es decir, la atribución o distribución de la cantidad de la prima única. La sentencia del T.S.J.C. considera que la solución correcta es la que dio el Juzgado de Primera Instancia por los siguientes razones.

En cuanto al primer motivo del recurso de casación presentada por Doña Dolores no puede prosperar porque el artículo 49 C.D.C.C. presume el carácter privativo del dinero, si consta que los bienes fueron adquiridos por un cónyuge, pero en absoluto presume la adquisición, ésta hay que probarla. La sentencia de instancia no declara acreditado el título de adquisición del dinero y en este punto el análisis de la prueba practicada al efecto que hace el juez a quo ha de calificarse de certero. Cualquiera razonamiento posterior sobre la titularidad de las primas o bonos que figuran a nombre de Doña Dolores no puede examinarse en casación, porque supone entrar de nuevo en la valoración de la prueba y ello sólo es posible siempre que se cite el precepto legal infringido, lo que en este caso no ocurre. Como no se probó el hecho base sobre el cual recae la presunción, no se infringen los artículos 49 C.D.C.C. y 1250 C.C. y el motivo decae.

Igual ha de decaer el segundo motivo, que alega infracción del artículo 1232 C.C., ya que, no habiendo justificado la propiedad exclusiva ninguno de los cónyuges, el dinero debe considerarse común.

El recurso de casación entablado por el demandante debe ser estimado en base a su primer motivo, que alega infracción del artículo 49.3 C.D.C.C., ya que la sentencia recurrida prescinde de la presunción legal, dando valor decisivo a unas alegaciones de la actora sin base probatoria. En relación a la discutida propiedad del negocio, el tema debe quedar al margen del litigio, ya que no se pidió la declaración de propiedad exclusiva del mismo y ésta no fue probada.

Por todo ello se estima el recurso presentado por Don Enrique y se desestima el presentado por Doña Dolores.

IV.— Sentencia de 28 de diciembre de 1993.

Don Antonio y Doña Josefa contrajeron matrimonio en octubre de 1946 y se separaron legalmente treinta y ocho años después en abril de 1984. Constante matrimonio, adquirieron un solar escriturado a nombre de su esposa y años después sobre el terreno se edificó una casa. En el año 1983 Doña Josefa otorgó escritura pública de declaración de obra nueva y constitución de la casa en propiedad horizontal. El marido demandó a su esposa solicitando se dictara sentencia declarando que es propietario de un terreno y de una casa, subsidiariamente que es propietario de una parte de un terreno y, por accesión invertida, de la casa referida construida en parte sobre dicha finca, también subsidiariamente, si se desestiman las anteriores peticiones y se entiende que el terreno es de la esposa, que se declare que por accesión invertida, ya que el edificio tiene más valor que el terreno, por lo que éste accede a lo edificado, por lo cual debe abonar a su esposa únicamente el valor de dicho terreno. Por ello se pide la cancelación de las inscripciones contrarias a dicho planteamiento y la práctica de las nuevas inscripciones. Subsidiariamente, si se entiende que lo edificado accede al terreno, solicita que se declare que Doña Josefa debe satisfacer a su esposo la cantidad de veinte millones. El Juzgado absuelve al demandado, ya que estima probado que el terreno es de la esposa y por lo tanto también la casa y que si el marido es titular de obligaciones éstas no están determinadas por no ser objeto del pleito. La Audiencia estimó parcialmente el recurso, condenando a Doña Josefa a pagar al demandante el precio actualizado de la mitad de los materiales y jornales invertidos en la casa o la mitad del aumento de valor de la finca, que se fija en once millones, ya que considera que la finca es de la esposa. Doña Josefa presentó recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la esposa alega infracción de los artículos 12,21 y 22 C.D.C.C. y 1250 y 1251 C.C., ya que la sentencia recurrida admite que el demandante sufragó en parte las obras de edificación de la casa en un terreno de la esposa y sin embargo no aplica la presunción de gratuidad del artículo 12 C.D.C.C. El Tribunal Superior pone de relieve que debe tenerse en cuenta que el artículo 12 no establece propiamente una presunción, sino una regla de asignación probatoria con efectos de orden procesal, de tal manera que, alegada la gratuidad, serán los cónyuges los que deberán demostrar que existe causa onerosa. Por otra parte, la presunción de gratuidad no está pensada para que pueda ser esgrimida por un cónyuge contra otro, sino para facilitar la reclamación de los acreedores cuando los esposos simulan enajenaciones onerosas para crear ficticias situaciones de insolvencia, así se deduce del tenor literal del artículo que habla de demandados y así lo entiende la doctrina, que considera la presunción de gratuidad del artículo 12 y la presunción de donación del artículo 23 medidas de protección de los acreedores de los cónyuges.

Con carácter subsidiario, la esposa recurrente denuncia la interpretación errónea del artículo 278 C.D.C.C., estima que la expresión reintegrar ha de ser interpretada con criterio nominalista y no como una deuda de valor. El Tribunal Superior pone de relieve que la lectura del precepto permite decantarse por una u otra solución, ya que el artículo citado deriva del *Usatge Si quis in alieno*, que no planteaba problemas creados por la depreciación de la moneda. La sentencia recurrida se plantea correctamente el problema partiendo de la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada la norma, contemplando el espíritu y la finalidad de aquélla, que es claramente indemnizatoria, de modo que el desembolso realizado en su día por el constructor y la cantidad que le paga el dueño del terreno tengan idéntica capacidad adquisitiva, por lo cual deben actualizarse el valor de los materiales y jornales que se emplearon, pero ello hasta el límite que supone el valor real de las construcciones en el estado en que se encuentran hoy.

El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 1214 y 1253 C.C., el primero por inaplicación y el segundo por aplicación indebida. El motivo se desestima, ya que la lectura íntegra del fundamento de derecho octavo de la sentencia impugnada revela que el tribunal de Instancia procede en él a valorar el material probatorio, lo que está dentro de sus facultades y es inatacable en casación. De acuerdo con esta valoración, la Sala llega a la conclusión de que el marido sólo pagó la mitad de las obras, es decir que el demandante sólo consiguió probar sus afirmaciones en parte.

Los motivos cuarto y quinto tratan ambos de la prescripción extintiva que la sentencia recurrida no admite y que el recurrente estima consumada, habida cuenta del *dies a quo* del cómputo y la ausencia de

interrupción. De acuerdo con la sentencia de Instancia el día inicial para el cómputo es el momento en que se incorporan los materiales al suelo, con lo cual, dado que la demanda se presentó en septiembre de 1991 y las obras finalizaron en 1963 no habían transcurrido los treinta años si se entiende que el cómputo empieza cuando terminaron las obras. Por el contrario, el recurrente sostiene que la acción pudo ejercitarse desde el momento en que se produjo la accesión de cada uno de los materiales, tesis que el Tribunal Superior considera que no puede prosperar porque la Compilación habla de edificación como resultado y hasta que la actividad no cesa no podemos saber que es lo edificado y cual es su valor. La prescripción extintiva tiene su base en una presunción de abandono y debe ser interpretada restrictivamente, por lo que no es lógico pensar que el que aportaba materiales reclamara judicialmente el pago y siguiera aportándolos.

El último motivo de casación estima violado el artículo 632 L.E.C., por no haber tenido en cuenta un dictamen pericial caligráfico, pero cabe observar que el artículo que se dice inaplicable hace referencia a como debe apreciarse la prueba, pero no a que tal prueba deba ser necesariamente apreciada por el Tribunal.

Por todo ello se declara no haber lugar al recurso.

V.— Sentencia de 31 de enero de 1994.

El supuesto que resuelve la presente sentencia es, como dice el ponente, una controversia entre cónyuges casados en régimen jurídico de separación de bienes sobre la propiedad de un piso que constituyó la vivienda conyugal. El marido reclamaba la titularidad exclusiva de la vivienda o subsidiariamente la condena de la demandada al pago de la mitad indivisa de su valor o de la suma que la esposa recibió de él para comprar la mitad de dicho piso. La esposa demandada reconvino pidiendo la disolución de la sociedad y, por ser vivienda indivisible la venta en pública subasta.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda en cuanto a la pretensión de la suma entregada a la esposa para la compra del piso y también acogió la reconvencción en los términos solicitados. Dicha resolución, apelada por ambas partes, fue confirmada por la Audiencia y contra la sentencia de la Audiencia presentó recurso de casación el marido.

Tanto el primer motivo de casación como en el segundo se desestimaron como consecuencia de la naturaleza jurídica de la casación, que exige que se citen claramente las normas infringidas, mientras que en el recurso se citan normas de carácter medial o genérico o que después no pueden identificarse, o se mezclan preceptos heterogéneos sin conexión entre sí y que incluso pueden llevar a soluciones jurídicas dispa-

res. No obstante, con el único propósito, dice la sentencia, de extremar la satisfacción del principio de tutela judicial efectiva, se pone otra vez de relieve que el recurso no responde a la naturaleza de la casación, ya que defiende la vulneración del artículo 404 del C.C. cuando la indivisibilidad de la cosa común es una cuestión de hecho no revisable en casación, a menos que afecte a la naturaleza jurídica de la base fáctica, que no es éste el caso. Otro tanto sucede con la referencia a los artículos 1249 y 1253, en cuando al primero porque su denuncia ya no es viable en casación a partir de la reforma del artículo 1692 L.E.C. por Ley 10/1992 de 30 de abril, por lo que, basarse en el ordinal cuarto sólo sería posible si se hubiera vulnerado la valoración de la prueba. En relación al artículo 1253, para alegarlo es necesario que la sentencia recurrida haya incurrido en una inferencia errónea, ilógica o ilegal, sin que baste la mera duda. Igual sucede con la cita de los artículos 1281.2 y 1282 que sólo pueden ser fundamento de la casación si el Tribunal de instancia incurrió en evidente equivocación por ilógica o absurda. Otra vez la naturaleza de la casación impide alterar la base fáctica sobre la que las sentencias de instancia se apoyaron para afirmar que la adquisición fue conjunta, sin que quepa alegar, como se hizo, ni resulte un planteamiento jurídico adecuado del problema, la infracción de los artículos 1274 y 1276, ya que el hecho de que el precio haya sido pagado por uno sólo de los compradores no afecta a la perfección del contrato de compraventa y por ende en nada puede incidir sobre la causa. Los acuerdos entre los compradores, en orden a que el que adquiría era uno solo no afectan al vendedor y, en todo caso, nunca a la causa que es objetiva.

En cuanto a la infracción que se alega del artículo 49 C.D.C.C., tampoco puede ser acogida ya que dicho artículo no estaba vigente en el momento de perfección del contrato, que es el que debe tenerse en cuenta. Por otro lado el precepto no dice que del pago del precio ha de extraerse la consecuencia de que la titularidad de la cosa se presume del dueño de aquél, sino que, justificada la adquisición, se presume que el dinero es de quien la adquirió. No cabe establecer tampoco ninguna presunción de liberalidad, ya que la admisibilidad de la donación disimulada depende no sólo del cumplimiento de los requisitos legales (forma, no inoficiosidad etc.), sino de que se pruebe claramente la existencia de *animus donandi*. Por todo ello, deviene obvio que no puede atenderse al cuarto motivo del recurso, ya que, al no considerarse que el piso era propiedad exclusiva del marido, no puede concederse la modificación del asiento registral mediante la cancelación de la referencia a su esposa en la inscripción.

Tampoco puede ser acogido el motivo sexto que alega enriquecimiento injusto, porque el marido anticipó un crédito a la esposa y, cuando lo reclama, se condena a la deudora a su pago, por lo que la denuncia carece de consistencia alguna.

Por último, como no se estima el recurso de casación, la Sala no ha de resolver en cuanto a las costas de las instancias.

VI.— Sentencia de 15 de diciembre de 1994.

El demandante Juan G.M. y la demandada Esther F.G. contrajeron matrimonio el día 2 de agosto de 1980. El 11 de abril de 1983 los cónyuges compraron por medio de escritura pública, en la que manifestaban estar casados en régimen de gananciales, un piso y una plaza de aparcamiento por el precio de once millones treinta mil pesetas. El 22 de marzo de 1991 el juzgado de Primera instancia dictó sentencia que decretaba la separación judicial de los cónyuges.

El 23 de abril de 1992 el marido presentó demanda contra su esposa en la cual solicitaba que se declarara que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes, que se declarara la nulidad de la escritura de compraventa en lo que se refiere a la adquisición de la mitad del piso por la esposa, ya que se trataba de una simulación y se declarara la nulidad de la donación del actor a su esposa, por lo que la propiedad de los bienes adquiridos correspondía exclusivamente al marido y, con carácter subsidiario que se condenara a la demandada a pagar a su marido la cantidad de nueve millones cuatrocientos dieciocho mil ochenta y siete pesetas. La esposa contestó a la demanda pidiendo que se desestimara. El Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda, declarando que el régimen del matrimonio era el de separación de bienes y desestimando las demás peticiones. El demandante interpuso recurso ante la Audiencia, que lo desestimó.

El primer motivo del recurso alega la infracción del artículo 1232 del C.C. y del 637 de la L.E.C., ya que, según el recurrente, pagó con dinero de su patrimonio privativo y de forma íntegra el piso en litigio y el parking, como reconoció la demandada en la prueba de confesión en juicio que se hizo durante el proceso de separación matrimonial. El motivo se desestima porque el demandante intenta destruir en casación uno de los elementos de la valoración probatoria que hizo la Audiencia y porque, en todo caso, la confesión en juicio sólo es una prueba más que se tiene en cuenta combinada con otros elementos probatorios. El Tribunal Superior considera que la voluntad de las partes fue adquirir el piso para ambos consortes con dinero que consideraban común.

El segundo motivo de casación alega infracción de la disposición transitoria segunda de la ley 13/1984 de la C.D.C.C., en relación al artículo 20 de la misma y la disposición transitoria primera, segunda y cuarta del C.C. y el artículo 633 del mismo Código, ya que considera que, dado que la esposa no contribuyó en el pago del precio, se trataba de una compraventa simulada que encubría una donación de la mitad del piso y del parking, donación que era nula según el artículo 20 de la Compilación de 1960 y también por la falta de requisitos de forma de que adolecía, de acuerdo con lo que establece el artículo 633 del C.C.

El problema crucial es determinar cual es la normativa a aplicar a las donaciones entre cónyuges otorgadas mientras estaba vigente el primitivo artículo 20 de la Compilación de 1960, que se decantaba por

la tesis de la nulidad de dichas donaciones, cuando esta nulidad se invoca en un momento en que el legislador catalán las considera válidas (artículo 20 del texto compilado en la redacción de 1984). La sentencia de casación considera que no se trata de aplicar retroactivamente el artículo 20 de la Compilación de 1984, sino de precisar como han de ser valoradas jurídicamente, después de la nueva normativa sobre donaciones, las que se realizaron con anterioridad a ella. Teniendo en cuenta que el régimen jurídico de las donaciones entre cónyuges lo establece la ley con independencia de la voluntad de las partes, se ha de entender que la nueva ley regula los efectos de las donaciones otorgadas antes de su vigencia, porque se persigue el establecimiento de un régimen general uniforme, por lo que la donación que hizo Don Juan a su mujer debe considerarse válida. La sentencia del Tribunal Superior también rechaza la pretendida infracción del artículo 633 del C.C., ya que la existencia de un ánimo de liberalidad comporta la validez de la donación encubierta que documenta la escritura pública de compraventa, con el otorgamiento de la cual se cumplen los requisitos de dicho artículo.

El tercer motivo de casación alega la infracción del artículo 49 C.D.C.C. en relación al 1145,2 del C.C. pidiendo que, de considerarse válida la donación, se reconozca la existencia de una acción de reembolso a favor del marido de la cantidad de nueve millones ciento noventa y ocho mil ochenta y siete pesetas. La sentencia que resuelve el recurso de casación considera que dicho artículo 49 (en la redacción de 1984) no estaba vigente cuando los cónyuges compraron las fincas por lo cual no debe aplicarse al supuesto de hecho, pero, además, en ningún momento se ha acreditado que el precio del inmueble en litigio se hubiera pagado con dinero privativo del marido y la parte pretende que se tenga por cierto un hecho que no se ha podido demostrar.

Los dos últimos motivos del recurso se rechazan como consecuencia de la naturaleza jurídica del recurso de casación que, en modo alguno, puede constituir una tercera instancia. Se alega la infracción de los artículos 1 y 2 de la L.H., ya que la sentencia de instancia, después de establecer que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, desestima la pretensión del demandante de que se haga constar dicho régimen en el Registro de la Propiedad, pero debe ponerse de relieve que contra dicho pronunciamiento la parte actora no interpuso recurso en su momento, por lo que ahora es firme y no puede ser objeto del recurso de casación. Otro tanto sucede en relación a las costas que la sentencia de Primera instancia impuso al demandante, ya que según reiterada jurisprudencia la apreciación de los hechos o de las circunstancias que determinan la imposición de costas es una facultad discrecional de los organismos de instancia.

Por todo lo cual se desestima totalmente el recurso.

