



ALINEACIÓ DE TEXTOS JURÍDICS PARAL·LELS (CATALÀ I CASTELLÀ): ALGUNS PROBLEMES

Marta Ribas Bruguera
2006

Institut Universitari de Lingüística Aplicada
Universitat Pompeu Fabra

Programa de doctorat: Lingüística Aplicada (lèxic i discurs)
 Bienni 1994-1996
 Tesi doctoral

Codirecció: Dra. M. Teresa Cabré Castellví
 Dr. Lluís de Yzaguirre i Maura

Per optar al títol de doctora per la Universitat Pompeu Fabra

Dipòsit legal: B.34195-2006
ISBN: 84-690-0319-4

VIII

ANNEXOS

8.1 Sentències: versió catalana i versió castellana.

236

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 13 DE GENER DE 1997**</head>
<head type=sub rend="bo">Manuel Sanjuán i Delamoga / M^aGlòria Pérez i Pallarés i altre</head>
<head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Acció negatòria de servitud: procedència i prescripció. - Principi de legitimació registral: abast.- Congruència: concepte i modalitats. - Incongruència per excés. - Prova de documents públics. - Valoració de la prova.**</head>

Barcelona, 13 de gener de 1997

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats esmentats al marge, aquest recurs de cassació interposat pel Sr. Álvaro Net Castel i la Sra. M. Glòria Pérez Pallarés, representats per la procuradora Sra. Blanchar García i defensats pel lletrat Sr. Manuel Serra Dominguez, contra la sentència dictada per la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Lleida, al rotlle núm. 246/96, en data 5 de juliol de 1996, dictada en el recurs d'apel·lació interposat contra la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància de Vielha, en les actuacions de menor quantia núm. 89/94, sobre acció negatòria de servitud, iniciat a instància del Sr. Manuel Sanjuán Delamoga, aquí representat pel procurador Sr. Francisco Ruiz Castel i defensat pel lletrat Sr. Santiago Mas Camí.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Davant el Jutjat de Primera Instància de Vielha, van ser vistes les actuacions de judici declaratiu de menor quantia núm. 89/94, seguides en virtut de demanda presentada pel Sr. Manuel Sanjuan Delamoga contra la Sra. M. Glòria Pérez Pallarés i el Sr. Álvaro Net Castel. En aquesta demanda, després d'al·legar els fets i fonaments de dret, se sol·licitava que es dictés sentència per la qual es declarés la llibertat en què es troba la propietat de l'actor, i que es condemnés els demandats pertorbadors a tancar a costa seva els tres finestrals oberts i a retallar el major vol de la teulada fins al que tenia originàriament, amb l'advertiment que, si no ho fan dins el termini que se'ls assenyali, es farà a la seva costa i càrrec; i deixant la propietat de l'actor en l'ésser i estat en què es trobava, reposant la pissarra i descarnament de paret i tot allò que es pugui produir com a conseqüència de les obres; i, a l'últim, que s'adverteixi els demandats que en endavant s'abstinguin de pertorbar la propietat de l'actora i se'ls condemni a pagar les costes.</s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Admesa la demanda a tràmit, es va disposar la citació a termini de la demandada, que va comparèixer, en temps i forma, va respondre a la demanda basant-se en els fets i fonaments que va estimar d'aplicació, i va acabar suplicant que es desestimés la demanda amb imposició de costes a la part actora. Seguit el judici pels seus tràmits, el Jutjat indicat, en data 10 d'abril de 1996, va dictar sentència la part dispositiva de la qual és del tenor literal següent: "Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Gómez, en nombre de D. Manuel Sanjuán Delamoga, contra D. Álvaro Net Castel y D^a M^a Gloria Pérez Pallarés, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos de la demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas del juicio".</s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Contra la sentència indicada la part demandant va interposar recurs d'apel·lació que va ser admès en ambdós efectes i es va substanciar l'alçada davant la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Lleida, que va dictar sentència amb data 5 de juliol de 1996, la part dispositiva de la qual és com segueix: "Estimamos el recurso de apelación formulado por el Procurador D. José M^a Guarro Callizo, en nombre de D. Manuel Sanjuan Delamoga, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Vielha, de fecha diez de abril de 1.996, en los autos de juicio de menor cuantía n^o 246/95, que debemos revocar íntegramente: en su lugar, estimamos totalmente la demanda interpuesta por D. Manuel Sanjuán Delamoga, contra D. Álvaro Net Castel y D^a M^a Gloria Pérez Pallarés; declaramos a) que la propiedad del denominado pasaje ubicado entre las fincas de ambas partes corresponde al actor; b) que no hay servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados y con respecto a las ventanas objeto de controversia; c) condenamos a los codemandados D. Álvaro Net Castel y D^a M^a Glòria Pérez Pallarés a: 1).- a respetar el derecho de propiedad del referido actor; 2).- a taponar las tres ventanas abiertas o modificadas por los mismos y que cuya descripción obra al folio 33, a cargo de los demandados, sin perjuicio, en fase de ejecución de sentencia, de las potestades administrativas que al respecto regula la normativa legal vigente; 3). - a recortar el mayor vuelo del tejado efectuado por ambos demandados, hasta situarlo como era originariamente, con apercibimiento de que, si no lo hiciera en el plazo de dos meses se hará a su costa y cargo; 4).- a reponer la pizarra y descarnamiento de la pared propiedad del actor y a costear todo aquello que con las obras que se efectúen, se pudiera ocasionar en perjuicio del hoy recurrente. Se imponen a los demandados las costas de la primera instancia y sin declaración alguna sobre las de esta alzada."</s></p></div3>

Quart. La procuradora Sra. María José Blanchar García, actuant en nom i representació del Sr. Álvaro Net Castel i la Sra. M. Glòria Pérez Pallarés, va formalitzar recurs de cassació per infracció de normes de dret civil comú i dret civil de Catalunya, que basava en els motius següents:

1.- A l'empària del núm. 3 de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, fundat en la infracció de l'article 359 de la Llei d'enjudiciament civil.

2.- Emparat en el número 3r. de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, fundat en la infracció de l'article 359 de la Llei d'enjudiciament civil.

3.- A l'empària del número 3r. de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, fundat en la infracció de l'article 359 de la Llei d'enjudiciament civil.

4.- A l'empària del número 4rt. de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, fundat en la infracció de l'article 38 de la Llei hipotecària.

5.- A l'empària del número 4rt. de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, fundat en la infracció de l'art. 1.218 del Codi civil.

6.- A l'empària del número 4rt. de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, fundat en la infracció de l'article 1.2 A de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, del Parlament de Catalunya.

7.- A l'empària del número 4rt. de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, fundat en la infracció de l'article 2.5 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, del Parlament de Catalunya.

Cinquè. Per provisió de data 7 d'octubre de 1996, es va tenir per interposat el recurs de cassació i es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal, a les finalitats de l'art. 1709 de la Llei d'enjudiciament civil, el qual, mitjançant escrit de data 22 del mateix mes, va sol·licitar l'admissió a tràmit del recurs de cassació interposat pel Sr. Alvaro Net Castel i la Sra. Maria Gloria Pérez Pallarés. Per provisió de data 28 del mes indicat es va admetre a tràmit el recurs de cassació interposat per la procuradora Sra. Maria José Blanchar García, i es va concedir un termini de vint dies perquè la part contrària formalitzés escrit d'impugnació, cosa que va efectuar en temps i forma. Per provisió de data 25 de novembre de 1996, es va assenyalar la vista per al dia 12 de desembre de 1996, a les 11 hores, la qual va tenir lloc el dia i hora assenyalats. En aquesta vista el lletrat de la part recurrent va sol·licitar que es cassés la sentència objecte de recurs d'acord amb la súplica de l'escrit d'interposició del recurs; i el lletrat de la part recorreguda, que es desestimés el recurs i es confirmés la sentència objecte de recurs amb expressa condemna a pagar les costes.

Hi ha actuat com a ponent l'Excm. Sr. Guillermo Vidal i Andreu.

FONAMENTS DE DRET

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Una adequada ponderació dels motius cassacionals adduïts per la defensa del Sr. Alvaro Net Castel i la Sra. M. Glòria Pérez Pallarés demanda la historiació dels següents fets processals: 1r. Va ser presentada davant el Jutjat de Primera Instància i Instrucció de Vielha demanda de judici declaratiu de menor quantia amb la qual exercitava acció negatòria de servitud el Sr. Manuel Sanjuán Delamoga contra els indicats Sr. Alvaro Net i Sra. M. Glòria Pérez, en aquesta demanda s'al·legava, en síntesi, que el demandant era propietari de la finca denominada "de Buixa", situada a la localitat de Gessa; que els demandats eren propietaris d'una altra finca anomenada "de Rosa" que termeneja amb "hort de Joaquín Sanjuán"; que els demandats esmentats havien sol·licitat llicència d'obres per a la consolidació, restauració i rehabilitació de casa seva, llicència que els va concedir l'Ajuntament d'Alt Aran sota la condició que "es respectessin els buits de façana existents, sense suprimir ni afegir-ne cap altre"; que els demandats van ampliar el vol de la teulada causant desperfectes en la propietat del demandant pel lliscament de la neu i que havien procedit a l'obertura de tres finestres sobre la seva propietat a l'espai que dóna a l'hort indicat; s'acabava suplicant que es dictés sentència en la qual "es declari la llibertat en què es troba la propietat del meu mandant, i que es condemni els demandats pertorbadors a tancar a costa seva els 3 finestrals oberts i a retallar el major vol de la teulada fins al que tenia originàriament, amb advertiment que, si no ho fan dins el termini que se'ls assenyali, es farà a la seva costa i càrrec; i deixant la propietat del meu mandant en l'ésser i estat en què es trobava, reposant la pissarra i descarnament de paret i tot allò que es pugui produir com a conseqüència de les obres;...". Els demandats van respondre la demanda al·legant, resumidament, que la casa "de Rosa" es va construir el 1589, que es troba avui catalogada en el Registre General de Béns d'Interès Cultural; van negar que els certificats registrals reflectissin la realitat dels límits de les finques i van afirmar, en canvi, que el vial existent entre la casa "de Rosa" i la casa "de Buixa" és vial públic i no propietat de l'actor; van afirmar també en la contestació esmentada que la major longitud del vol de la teulada es trobava coberta per la normativa municipal i no havia produït cap dany a la finca del demandant; i van negar, finalment, haver obert tres finestres en el vial discutit, van admetre només l'obertura d'una finestra i la remodelació de les ja existents, amb la qual cosa van acabar instant la desestimació íntegra de les peticions contingudes en la demanda. Una vegada tramitat el procediment de menor quantia, el Jutjat de Primera Instància de Vielha va dictar sentència desestimària de la demanda entaulada, en entendre el jutge d'instància que el vial que separa les dues finques és un passatge públic, però que, en qualsevol cas, resulta plenament acreditat que les tres finestres el tancament de les quals pretén l'actor existien ja de temps immemorial, que els demandats han procedit tan sols a la seva rehabilitació i que el major vol de la teulada es troba permès per les normes subsidiàries, i no s'ha provat que hagi produït danys en propietat aliena. Recorreguda en apel·lació la sentència, la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida en va dictar una altra revocant íntegrament l'anterior i, partint d'una diferent valoració de la prova, va entendre que el passatge en discussió era propietat de l'actor; d'això va derivar que no podien existir finestres que donessin a aquest costat de la finca dels demandats i va aplicar les "Ordinacions de Santacília", concretament la número 62, en relació amb la 61, atesa la data de construcció de l'edifici, i va concloure en la necessitat del seu tancament, si bé, en ésser un bé d'interès cultural de la Generalitat de Catalunya, va sotmetre l'execució de sentència a les normes administratives vigents sobre la matèria; igualment, la sentència va entendre que el sobrevol de la teulada perjudicava l'actor, amb la qual cosa va acabar fent les següents declaracions: "a) que la propiedad del denominado pasaje ubicado entre las fincas de ambas partes corresponde al actor; b) que no hay servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados y con respecto a las ventanas objeto de controversia; c) condenamos a los codemandados D. Álvaro Net Castel y Dª Mª Gloria Pérez Pallarés a: 1).- a respetar el derecho de propiedad del referido actor; 2).- a taponar las tres ventanas abiertas o modificadas por los mismos y que cuya descripción obra a folio 33, a cargo de los demandados, sin perjuicio, en fase de ejecución de sentencia, de las potestades administrativas que al respecto regula la normativa legal vigente; 3). - a recortar el mayor vuelo del tejado efectuado por ambos demandados, hasta situarlo como era originariamente, con apercibimiento de que, si no lo hiciera en el plazo de dos meses se hará a su costa y cargo; 4).- a reponer la pizarra y descarnamiento de la pared propiedad del actor y a costear todo aquello que con las obras que se efectúen, se pudiera ocasionar en perjuicio del hoy recurrente". </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> El recurs de cassació entaulat contra la sentència anterior s'articula sobre set motius. El primer d'ells denuncia, a l'empara del numeral 3r. de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, infracció de l'art. 359 de la mateixa Llei, per incongruència (que qualifica de "qualitativa per excés") de la sentència. En definitiva s'al·lega que "exercitada en la demanda tan sols l'acció negatòria de servitud, la sentència havia de limitar-se a resoldre únicament la procedència o improcedència de l'acció esmentada, sense que pogués fer en la seva decisió cap pronunciament entorn d'una acció merodeclarativa de domini que, en no haver estat proposada en el procés, escapava a la funció jurisdiccional, que ha d'actuar sempre a instància de part i que no pot pronunciar-se d'ofici sobre allò que ningú havia sol·licitat. La clara incongruència qualitativa per excés de la sentència objecte de recurs en determina la cassació pel que fa al pronunciament a) en què s'incorre en l'extralimitació esmentada".

En efecte, com ha dit el nostre més alt tribunal, "la infracció de l'art. 359 LEC té seu pròpia en l'art. 1692, núm. 3r, per ser la congruència una de les normes internes reguladores de la sentència" (ss. 8 juliol i 17 de desembre de 1985), i s'origina la infracció legal en cas d'existir alguna d'aquestes anomalies: "incongruència", si no es dóna la deguda adequació "qualificada" entre el que s'ha demanat i el que s'ha resolt; "indecisió", si la decisió no resol sobre alguna pretensió oportunament deduïda en el litigi; "plus concessió", si es dóna una mica més enllà o en superior quantitat al sol·licitat; i "contradicció", si les disposicions de la decisió resulten antitètiques, de manera que l'execució d'una d'elles impedeixi el compliment d'una altra.

La congruència - sobre la qual després haurà de tomar-se- es mesura, segons la nostra millor doctrina, per l'ajustament o adequació entre la part dispositiva de la resolució judicial i els termes en els quals les parts han formulat les seves pretensions i peticions, de tal manera que la sentència no pot atorgar més del que s'hagués demanat en la demanda, ni menys del que hagués estat admès pel demandat, ni atorgar una altra cosa diferent que no hagués estat pretesa. En suma, suposa la coherència racional entre el que es demana i el que s'atorga.

El nostre Tribunal Suprem ha vingut, tanmateix, a flexibilitzar el principi de la congruència sobre bases de lògica, racionalitat i respecte al principi de tutela judicial efectiva (així sentència de 15 de novembre de 1992), afirmant que no es necessita necessàriament una exactitud literal i rígida entre la decisió de la sentència i les pretensions deduïdes, sinó que n'hi ha prou que es doni racionalitat, lògica jurídica necessària i adequació substancial (sentència de 30 de maig de 1994), i té declarat, en allò que ara interessa, que no genera incongruència que la decisió s'estengui a punts que, en el supòsit de no haver-se sol·licitat, facin referència a aspectes o precisions "complementàries" (sentències de 10 de novembre i 2 de desembre 1994); siguin conseqüència "lògica i natural" del que s'ha demanat (sentències de 10 i 27 de maig 1994), siguin qüestions "implícites", de necessària integració, o que estiguin substancialment compreses en l'objecte del debat (sentències de 23 març 1992, 27 maig i 5 juliol 1994) o quan expressi "antecedents" o "conseqüències" que es consideren necessaris per a la millor intel·ligència del que s'ha decidit (sentència 21 de maig 1994).

D'acord amb la doctrina jurisprudencial anterior, ha d'analitzar-se el motiu cassacional primer. Si el debat processal es planteja sobre la base fàctica de l'existència d'unes finestres que donen a finca aliena i a l'existència d'un voladís que li causa desperfectes, havent exercitat l'actor l'acció negatòria de servitud, amb fonament jurídic a l'art. 40 de la Llei 13/90, de 9 de juliol, del Parlament de Catalunya, precedent obligat és la declaració o fixació de les propietats de les finques, encara que l'actor no exerciti formalment una acció merodeclarativa de propietat. Així ho veu el mateix actor que, en el fonament de dret núm. 4 de la demanda, diu: "es troba legitimat activament el meu poderdant per ser el propietari de l'habitatge afectat, mentre que passivament els demandats, per ser els causants de la pertorbació" i encara a la súplica de la demanda impetra que "es declari la llibertat en la qual es troba la propietat del meu mandant". D'altra banda, els demandats no es limiten, en la seva contestació, a negar l'obertura de finestres o tota classe de danys produïts per la sobreextensió del voladís, sinó que, a més, discuteixen que aquelles donin a finca veïna, afirmen que el passatge que separa ambdues finques és públic i en això justifiquen, finalment, la reconeguda obertura d'una finestra. La coherència en la decisió judicial passava, necessàriament, per la declaració de propietat si accedia a les pretensions de l'actor, com va fer l'Audiència Provincial de Lleida, no així el Jutjat d'instància. Aquesta declaració apareix, doncs, com a precedent obligat per a la decisió final i això, en primer lloc, per la pròpia essència de l'acció exercitada i, en segon terme, per haver estat, com s'ha dit, objecte de debat implícitament incitat a la súplica de la demanda. No hi ha, en conseqüència, cap incongruència en la sentència objecte de recurs i el primer motiu cassacional ha de decaure. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El segon motiu rep igual empara legal que el primer: art. 1692.3r de la LEC, per infracció de l'art. 359 de la mateixa Llei. La seva fonamentació és textualment la següent: "La sentència objecte de recurs efectua un plantejament totalment nou de la pretensió deduïda per l'actor en aquest procés, alterant el fet fonamental en el qual es recolzava i sobre el qual s'havia construït la defensa d'aquesta part: l'al·legada obertura pel meu mandant de tres finestres l'any 1990. Havent-se acreditat plenament en el procés, tal com reconeixen les sentències de primera i segona instància, que les esmentades finestres havien estat obertes l'any 1589, la demanda havia de ser desestimada sense més ni més, sense que fos possible que la sentència d'apel·lació partís de fets diferents als al·legats a la demanda, situant a aquesta part en una manifesta indefensió, en privar-lo d'exposar les noves excepcions inherents a aquesta essencial variació fàctica, i obligant-lo a suscitar-les en aquest recurs de cassació, la qual cosa implica, d'una banda, pèrdua de dues instàncies i, d'una altra, una limitació de la defensa inherent al reduït àmbit del recurs, la qual cosa, en definitiva, equival a beneficiar el litigant que ha falsejat els fets en la demanda".

En efecte, segons s'ha expressat amb anterioritat, el plantejament de la demanda és clar i explícit sobre això. L'actor afirma en ella que "posteriorment a la construcció del major vol de la teulada, el meu mandant s'adona que els avui demandats han procedit a l'obertura de tres finestres sobre la seva propietat..."; per continuar que "no cal dir que l'obertura d'aquestes finestres i el major vol es va fer sense cap tipus de consentiment verbal ni escrit del meu mandant" afegint que "encara en l'hipotètic cas que l'actora hagués obert aquelles finestres emparant-se en l'existència d'una en la propietat del meu comitent"... i conclouent en demanar que es condemni "els demandats pertorbadors a tancar a costa seva els tres finestrals oberts"... És a dir, de forma contundent l'acció es dirigeix al tancament de tres finestres que es diuen obertes pels demandats. El jutge de primera instància, amb encert singular a l'hora de valorar la prova pericial efectuada, afirma que "resulta plenament acreditat que les tres finestres el tancament de les quals pretén l'actora existien des de temps immemorial, que la demandada únicament ha procedit a la seva rehabilitació". Tanmateix, l'Audiència Provincial de Lleida, en la sentència objecte de recurs, altera la decisió anterior i, a més, de forma realment incoherent, ja que, d'una banda, diu, recolzant-se, com s'ha fet menció, en les Ordinacions de Santacília, que "en cap moment els demandats van poder obrir legalment les finestres esmentades o la seva configuració original (sic), ja que donaven a predi aliè, i el fet que durant segles hagin pogut ser mantingudes és un acte de mera tolerància que de cap manera pot generar el dret de la part apel·lada...", conclouent després que "en definitiva, ha de prosperar la tesi del recurrent quan els demandats en cap moment van poder obrir les tres finestres objecte de controvèrsia", cosa que la porta a decidir amb condemna "a tancar les tres finestres obertes o modificades per ells...". L'Audiència, consegüentment, amb un plantejament confús i globalitzat, no s'adona de dues circumstàncies essencials: primera, que el supòsit plantejat per l'actor es concreta en l'obertura recent de les tres finestres, acció que imputa als demandats; i segona, que, modificant el punt de debat esmentat, inclou una dualitat normativa aplicable: en un cas l'art. 40 de la Llei 13/90, de 4 de juliol, del Parlament de Catalunya (fonament jurídic de la demanda); en un altre, les Ordinacions de Santacília, concretament la núm. 62, en relació amb la 61; ja que és diferent el fet jurídic d'obrir les finestres avui que restaurar o retocar els buits ja existents des del 1589, encara que en la sentència de l'Audiència sembli un fet indiferent.

En això rau precisament la incongruència. Com diu la sentència de 21 de juny de 1993, perquè existeixi la congruència exigida per l'art. 359 LEC és necessari que la decisió acati el que hi ha de substancial en allò que s'ha sol·licitat i els fets que serveixen de suport a la petició, i que la decisió s'excedeix de les seves funcions jurisdiccionals quan s'aparta del principi "iusta allegata et probata", que obliga el jutge a decidir amb subjecció als fets al·legats. Cert és, com s'ha dit, que la congruència no suposa una "concordança literal" entre pretensió i decisió, ja que el principi "iura novit curia" permet al jutge aplicar normes diferents, fins i tot no invocades, als fets preestablerts, però aquesta ha de ser sempre amb respecte absolut al "da mihi factum, dabo tibi ius", això és, a l'aportació del fet per la part o allò que s'anomena "el component fàctic essencial de l'acció exercitada", i que no és lícit al tribunal modificar o pertorbar la raó petitòria, apartant-se dels fets fixats, o substituir les qüestions debatudes per altres (SS. 30 des. 1993, 22 de juliol i 10 de nov. de 1994) Aquesta qüestió, com ha remarcat el nostre Tribunal Constitucional, es sobredimensiona quan la desviació en què consisteix la incongruència és de tal naturalesa que suposa una completa modificació dels termes en els quals el debat es va produir, podent comportar en aquest cas una vulneració del principi de contradicció i, per tant, del dret de defensa consagrat a l'art. 24 de la Constitució (sentències de 5 de maig i 10 de desembre de 1995 i de 12 juny de 1996).

La sentència d'apel·lació va incórrer, efectivament, en incongruència en deixar de banda i defugir el debat plantejat per les parts (obertura de tres finestres) i en centrar la discussió en un altre punt (remodelació de finestres ja existents) no posat en litigi per l'actor, que resol amb aplicació de diferent normativa. D'aquesta manera transmuta el bloc discursiu de primera instància i priva a la part d'una defensa plena i adequada. És més, ni tan sols entra a ponderar el primer punt al·ludit, el de si els demandats van obrir o no els buits, quan el cert i acreditat en les actuacions, per prova documental i pericial, és que es va obrir una sola finestra -fet admès per la part demandada- i es va resituar una altra, segons es desprèn del document fotogràfic (foli 99) i del pla (foli 84) aportats pels esmentats demandats, encara que aquest punt concret no hagi estat sotmès a discussió ni decisió i s'observa només una lineal referència en la diligència d'emissió del dictamen pericial. Conseqüentment, per ser la decisió congruent amb el que s'ha al·legat i provat, havia d'haver-se centrat en aquell únic punt i ordenar el tancament de la finestra oberta pels demandats, una vegada decidit que aquesta finestra donava a finca veïna propietat de l'actor, i això amb fonament a l'art. 40 de l'esmentada Llei del Parlament català. D'aquesta forma s'ajustava la decisió al "petitum" (en "minus" que no genera incongruència), es ponderava adequadament la prova (admissió parcial de fets i pericial que consta en el foli 339), s'adequava la decisió judicial a l'administrativa (licència d'obres que ordena respectar "els buits de façana existents, sense suprimir ni afegir-ne cap altre") i es vorejava el problema de l'execució de sentència, entorpidida en recaure sobre una propietat "limitada" per tractar-se d'un bé d'interès cultural, inscrit com tal amb la categoria de monument històric (foli 244 ram de prova de la part demandada).

En aquest sentit, doncs, haurà d'acollir-se en part el segon motiu de cassació i modificar la sentència en el sentit que es dirà.

</s></p>
</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> L'acolliment només parcial del motiu cassacional anterior obliga a l'examen dels motius restants. En res afecta el tercer, ja que ve fundat igualment en la incongruència (art. 1692.3r en relació amb el 359 de la LEC), aquesta vegada per contenir la sentència pronunciaments antitètics. En concret, es diu: "La claredat i precisió de la sentència exigides per l'art. 359 LEC obliguen que no contingui pronunciaments contradictoris, i molt menys quan en un mateix pronunciament es fan declaracions que s'anul·len mútuament. La sentència objecte de recurs infringeix l'esmentat precepte en condemnar, d'una banda, al tancament de les finestres existents a la finca del meu mandant, però alhora condicionar l'esmentat tancament a l'obtenció de les llicències administratives pertinents, malgrat haver declarat que les esmentades llicències no poden ser concedides en tractar-se d'un "bé d'interès cultural", i haver-se condicionat per l'Administració la realització de les obres al respecte dels buits de façana existents, amb expressa prohibició de suprimir-ne cap".

L'acolliment parcial del segon motiu de cassació donarà lloc a l'ordre de tancament de l'única finestra oberta pels demandats en concordança amb la llicència d'obres i la limitació del bé d'interès cultural, amb la qual cosa no hi haurà cap contradicció en la decisió que es dicti i s'obviarà la ressaltada de la sentència d'apel·lació. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> Quant al motiu quart, té la seva base en el numeral 4t. de l'art. 1692 i ve fundat en la infracció de l'art. 38 de la Llei hipotecària. Es diu que: "La sentència objecte de recurs dona ple valor als límits de la finca derivats d'un certificat registral de l'any 1989, que havia estat rectificat amb posterioritat d'acord amb una interlocutòria de 5 desembre 1989 dictada en expedient de domini, sense tenir en compte la reiterada doctrina jurisprudencial que interpreta l'art. 38 de la Llei hipotecària en el sentit que la fe pública registral no comprèn les circumstàncies de fet de la finca inscrita, entre elles els relatius als seus límits, per dependre l'esmentada descripció de la mera declaració dels interessats, sense comptar amb la deguda comprovació registral, en estar mancat el registre de dades planimètriques que permetin efectuar-la, motiu pel qual és procedent la cassació de la sentència per confirmar la de primera instància que va partir de la realitat física del passatge que dividia ambdues finques per considerar-lo de caràcter públic, tal com resultava dels plans urbanístics i cadastrals de la finca". </s></p>

</div3>

N'hi ha prou amb una mera lectura de l'art. 38 de la Llei hipotecària per convèncer-se que no ha estat infringit per la sentència objecte de recurs. L'article esmentat, com és sabut, conté la presumpció de veracitat dels assentaments registrals i diu així: "A tot els efectes legals es presumirà que els drets reals inscrits en el Registre existeixen i pertanyen al seu titular en la forma determinada per l'assentament respectiu..." Precisament la sentència de segona instància es funda en un certificat registral emès en data 6 de febrer de 1989 i que consta al foli 153 per fixar els límits de la propietat de l'actor. Amb habilitat, el recurrent invoca com a infringit aquell art. 38, aplicat per l'Audiència, quan en realitat ataca les regles de valoració de prova, no accessibles a la cassació. D'antany (sentències de 20 de desembre de 1963 i 7 de març de 1964) fins avui (sentències de 14 de juliol de 1994 i 27 de gener de 1995) el nostre Tribunal Suprem ha vingut declarant que correspon als tribunals d'instància determinar si és o no suficient el títol presentat per acreditar el domini. D'altra banda, l'Audiència no es basa només en el certificat registral i així diu la sentència: "aquesta realitat, es veu demostrada, de forma secundària, amb la resta de la prova aportada, en especial la testifical que hi ha als folis 348 i 349 (veure preguntes 3a i 4a)". En definitiva, no s'ha vulnerat l'art. 38 de la Llei hipotecària en la seva aplicació per l'Audiència i a aquest Tribunal li és vedat entrar en la valoració de la prova practicada per acreditar el domini de l'actor, amb la qual cosa el motiu quart no pot prosperar. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** </hi> Les consideracions anteriors han de servir per al decaïment del motiu cinquè, que igualment és utilitzat pel recurrent per entrar, subliminalment, en el resultat probatori. El motiu, basat en l'art. 1.692.4t. de la Llei d'enjudiciament civil, es fonamenta en la infracció de l'art. 1.218 del Codi civil, inclòs, com és palmari, en el capítol dedicat a la prova de les obligacions, que fixa el valor que ha de donar als documents públics. L'explicació del motiu és la següent: "Figurando en los planos de ordenación urbana del municipio de Gessa calificado como vía pública el pasaje que separa la finca propiedad de los demandados, cuya calificación urbanística fue consentida por el actor al no formular oposición a la misma, y teniendo los planes urbanísticos carácter de documento público con fuerza inmediatamente ejecutiva, la sentencia recurrida al precindir totalmente de su resultancia, sin hacer la menor alusión a los mismos, infringió claramente el art. 1.218 del Código Civil, procediendo su casación".

En efecte, la part interessant de les normes subsidiàries del municipi de Gessa i dels plans cadastrals van ser aportats per la part demandada i són als folis 97 i 98, però aquests documents en absolut tenen la força de prova plena que el recurrent demana. En primer lloc es tracta de documents administratius, en segon lloc estan mancats de la necessària literosuficiència i, en últim terme, resulten contradits per altres documents i altres proves. Una vegada més, de la mà del recurrent s'entraria a revisar la ponderació de prova realitzada pel tribunal "a quo" i aquest és terreny cassacional vedat. Tan és així, que el recurrent ja pretén el debat revisional sobre les altres proves i així diu: "la indiscutible força probatòria dels esmentats documents queda reforçada tenint en compte que coincideixen amb la resta de la prova practicada"..., i analitza, a continuació, el pes probatori de les fotografies aportades a l'escrit de contestació a la demanda, la declaració dels testimonis presentats per la part i la declaració d'un testimoni presentat pels demandats. El motiu de cassació ha de ser, doncs, clarament desestimat. </s></p></div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Setè.** </hi> La mateixa sort desestimària ha de córrer el motiu sisè. Basat igualment en l'ordinal 4t. de l'art. 1692 de la LEC, invoca infringit l'art. 1.2 A de la Llei 10/1990, de 9 de juliol, del Parlament de Catalunya i s'argumenta així: "Fins i tot en el supòsit que fossin desestimats els motius anteriors, perquè prosperés la negatòria de servitud hauria calgut, en aplicació de l'art. 1.2.A de la Llei 13/1990, l'existència d'un interès de l'actor, derivat del perjudici per a ell resultant pel manteniment de la situació, cosa que no concorre en aquest cas en part a causa de l'antiguitat de l'obertura de les finestres, compensades per tenir l'actor una altra finestra a la paret oposada, en part a causa de l'existència d'una porta de paller a la mateixa paret en què estan situades les esmentades persianes que no és objecte d'aquest procés, i a l'últim, respecte a l'ampliació del ràfec de l'edifici, en haver estat esmenat amb anterioritat al procés qualsevol eventual perjudici derivat de l'ampliació del ràfec amb la construcció d'arrestos "trenca neu" d'acord amb el contracte transaccional".

Segons aquest precepte de la legislació catalana no és possible exercir acció "si el fets actuals que es pretenen fer cessar o els futurs que es pretenen evitar no perjudiquen l'interès del propietari en la seva propietat". Invoca, doncs, el recurrent la falta d'interès de l'accionant i la carència de base de l'acció exercitada. El motiu cassacional no es sosté. Les vistes sobre finca veïna suposen una ingerència efectiva sobre la privacitat de la vida que s'hi desenvolupa i aquesta circumstància legítima l'exercici de l'acció negatòria quan no es troba constituïda una servitud que, com el seu nom indica, obliga a suportar (el "patitur" dels romans) aquesta situació. D'altra banda, amb l'estimació parcial del motiu segon decau l'argumentació basada en una situació tolerada des de temps immemorial i referida a les finestres que han sofert una simple variació. Pel que fa al sobrevol de la teulada, la sentència objecte de recurs, amb una argumentació que hagués hagut de ser més explícita, dedica el seu fonament de dret tercer a la matèria, per concloure que la construcció actual causa danys, en pot causar més en endavant i han de ser reparats aquells i evitats aquests, amb cita de la prova pericial practicada. En efecte, en el dictamen pot llegir-se que: "respecte a l'acumulació de neu en coberta propietat del Sr. Sanjuán, produïda per despreniment de la neu de la coberta del Sr. Net, indicar que és possible, principalment si el despreniment s'efectua amb neu procedent de la part alta de la coberta que no disposa d'arrestos paraneu i permeten sobrepassar i superar l'arrest inferior col·locat entre les dues lucanes de la façana nord en cas de tenir-hi neu acumulada". No ens trobem doncs en un supòsit d'adequació de la construcció a la llicència municipal o a les normes urbanístiques, ni que, efectivament, s'hagi col·locat un "trenca neu" a la teulada de la finca dels demandats; ens trobem davant la valoració del resultat d'una prova pericial no revisable en via cassacional a menys que -i aquest no és el cas- aquella sigui contrària, en les seves conclusions, a la racionalitat i es conculquin les més elementals directrius de la lògica (sentències, entre moltes altres, de 13 de febrer de 1990, 29 de gener de 1991 i 2 de novembre de 1993).

El motiu, en conseqüència, ha de decaure. </s></p></div3>

<div3 n=8><p><s><hi rend="bo">**Vuitè.** -</hi> Finalment, tampoc pot ser estimat el setè i últim dels motius cassacionals, basat aquest en la prescripció de la negatòria, de conformitat amb l'art. 2.5 de l'esmentada Llei del Parlament català de 9 de juliol de 1990 i emparat en l'art. 1692.4t de la LEC. És obvi que no és possible ni tan sols entrar a examinar el motiu atès que es basa en el fet que l'obertura de finestres es va produir, segons la sentència, l'any 1589, amb la qual cosa el lapse de prescripció quinquennal que el precepte preveu havia ja transcorregut amb escreix l'any 1994, quan es va presentar la demanda. Cassada en part la sentència, a causa de l'estimació del motiu segon, queda com a únic pronunciament sobre això el tancament de la finestra oberta efectivament pels demandats i encara que no se sap del cert la data de la seva obertura, l'actor, en el fet quart de la demanda, la situa "... a partir" de la data de concessió de la llicència d'obres, que es va atorgar el 27 d'agost de 1990, cosa que no resulta contradita per altres proves, ni està mancada de lògica. No ha prescrit, per tant, l'acció i el motiu ha de ser desestimat. </s></p></div3>

<div3 n=9><p><s><hi rend="bo">**Novè.** -</hi> De conformitat amb l'art. 1715.2 de la LEC, no es fa expressa imposició de les costes causades en aquest recurs i, ateses les particularitats del litigi, tampoc s'imposen les de les dues instàncies</s></p></div3>

<div3 n=10><p><s><hi rend="bo">Per totes les consideracions anteriors, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que, estimant en part el motiu segon del recurs de cassació interposat per la procuradora dels tribunals Sra. Maria José Blanchar García, en nom i representació del Sr. Alvaro Net Castel i de la Sra. Maria Gloria Pérez Pallarés, contra la sentència dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida en data 5 de juliol de 1996, i desestimant la resta la revoquem només en allò a què es refereix el punt c) 2) de la decisió, i, en el seu lloc, condemnem els esmentats denunciats recurrents a tancar la finestra oberta a la façana nord de la finca "de Rosa" de la seva propietat i situada a la planta baixa; mantenim i confirmem els altres pronunciaments de la sentència, llevat del referit a les costes. No es fa expressa imposició de les costes causades en aquest recurs ni en les dues instàncies.

Així per aquesta sentència ho pronunciem, ho manem i ho signem.

</div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Manuel Sanjuán Delamoga / M^aGloria Pérez Pallarés y otro*</head>
 <head type=sub rend="bo">*B) Texto original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Acción negatoria de servidumbre: procedencia y prescripción. - Principio de legitimación registral: alcance. - Congruencia: concepto y modalidades. - Incongruencia por exceso. - Prueba de documentos públicos. - Valoración a prueba.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña integrada por los Magistrados citados al margen, el presente Recurso de Casación interpuesto por D. ÁLVARO NET CASTEL y D^a M^a GLORIA PÉREZ PALLARÉS, representados por la Procuradora SRA. BLANCHAR GARCÍA y defendidos por el Letrado D. MANUEL SERRA DOMINGUEZ, contra la Sentencia dictada por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Lleida, en el Rollo núm. 246/96, en fecha 5 de Julio de 1996, dictada en el recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Vielha, en los autos de Menor Cuantía núm. 89/94, sobre acción negativa de servidumbre, iniciado a instancia de D. MANUEL SANJUAN DELAMOGA, aquí representado por el Procurador D. Francisco Ruiz Castel, y defendido por el Letrado D. Santiago Mas Camí.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Ante el Juzgado de Primera Instancia de Vielha, fueron vistos autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 89/94, seguidos en virtud de demanda presentada por D. MANUEL SANJUAN DELAMOGA contra D^a M^a GLORIA PÉREZ PALLARÉS y D. ÁLVARO NET CASTEL, en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, solicitaba se dictase sentencia por la que se declarase la libertad en que se encuentra la propiedad del actor, y que se condenase a los demandados perturbadores a taponar a su costa los tres ventanales abiertos y a recortar el mayor vuelo del tejado hasta el que originariamente tenía, con apercibimiento de que si no lo hicieren en el plazo que se les señale, se hará a su costa y cargo; y dejando la propiedad del actor en el ser y estado que se hallaba, reponiendo la pizarra y descarnamiento de pared y todo aquello que como consecuencia de las obras se pueda ocasionar; y por último, se aperciba a los demandados de que en lo sucesivo se abstengan de perturbar la propiedad de la actora y se les condene en costas. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Admitida la demanda a trámite, se dispuso el emplazamiento de la demanda la cual compareció, en tiempo y forma, contestando a la demanda en base a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, y terminó suplicando se desestimase la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Seguido el juicio por sus trámites, el indicado Juzgado, en fecha 10 de Abril de 1996, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que DESESTIMANDO LA DEMANDA formulada por el Procurador Sr. Gómez, en nombre de D. MANUEL SANJUAN DELAMOGA, contra D. ÁLVARO NET CASTEL y D^a MARIA GLORIA PÉREZ PALLARÉS, debo ABSOLVER Y ABSOLVER A LOS DEMANDADOS de los pedimentos de la demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas del juicio." </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Contra la indicada sentencia la parte demandante interpuso recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos y sustanciándose la alzada, ante la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Lleida, la cual dictó sentencia con fecha 5 de Julio de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por el Procurador D. José M^a Guarro Callizo, en nombre de D. MANUEL SANJUAN DELAMOGA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Vielha, de fecha diez de abril de 1996, en los autos de juicio de menor cuantía n^o 246/95, que debemos REVOCAR INTEGRAMENTE: en su lugar, ESTIMAMOS TOTALMENTE LA DEMANDA INTERPUESTA por D. MANUEL SANJUAN DELAMOGA, contra D. ÁLVARO NET CASTEL y D^a M^a GLORIA PÉREZ PALLARÉS; DECLARAMOS a) que la propiedad del denominado pasaje ubicado entre las fincas de ambas partes, corresponde al actor; b) que no hay servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados y con respecto a las ventanas objeto de controversia; c) condenamos a los codemandados D. ÁLVARO NET CASTEL y D^a M^a GLORIA PÉREZ PALLARÉS a: 1).- a respetar el derecho de propiedad del referido actor; 2).- a taponar las tres ventanas abiertas o modificadas por los mismos y que cuya descripción obra al folio 33, a cargo de los demandados, sin perjuicio, en fase de ejecución de sentencia, de las potestades administrativas que al respecto regula la normativa legal vigente; 3).- a recortar el mayor vuelo del tejado efectuado por ambos demandados, hasta situarlo como era originariamente, con apercibimiento de que, si no lo hicieren en el plazo de dos meses se hará a su costa y cargo; 4).- a reponer la pizarra y descarnamiento de la pared propiedad del actor y a costear todo aquello que con las obras que se efectúen, se pudiera ocasionar en perjuicio del hoy recurrente. Se imponen a los demandados las costas de la primera instancia y sin declaración alguna sobre las de esta alzada." </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Cuarto. - </hi>La Procuradora D^a MARÍA JOSÉ BLANCHAR GARCÍA, actuando en nombre y representación de D. ÁLVARO NET CASTEL y D^a M^a GLORIA PÉREZ PALLARÉS, formalizó recurso de casación por infracción de normas de Derecho Civil común y Derecho Civil de Cataluña, que basaba en los motivos siguientes:

1.- Al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Amparado en el número 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Al amparo del número 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.- Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

5.- Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del art. 1.218 del Código Civil.

6.- Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del artículo 1.2 A de la Ley 13/1.990 de 9 de Julio del Parlament de Catalunya.

7.- Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del artículo 2.5 de la Ley 13/1.990 de 9 de Julio del Parlament de Catalunya</s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Quinto. - </hi>Por providencia de fecha 7 de octubre de 1996, se tuvo por interpuesto el recurso de casación y se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal a los fines del art. 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual mediante escrito de fecha 22 del mismo mes, solicitó la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto por D. Alvaro Net Castel y D^a Maria Gloria Perez Pallarés. Por Providencia de fecha 28 del indicado mes se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Procurador D^a Maria José Blanchar García, concediéndose un plazo de veinte días para que la parte contraria formalizara escrito de impugnación, cosa que efectuó en tiempo y forma. Por providencia de fecha 25 de noviembre de 1996, se señaló para que tuviera lugar la vista el día 12 de diciembre de 1996 a las once horas, celebrándose el día y hora señalados, solicitando el letrado de la parte recurrente que se casara la sentencia recurrida de acuerdo con el súplico del escrito de interposición del recurso y el letrado de la parte recurrida que se desestimara el recurso y se confirmara la sentencia recurrida con expresa condena en costas. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. GUILLERMO VIDAL I ANDREU.</s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FUNDAMENTOS DE DERECHO</head>

<div3 n=1>

Primero. - Una adecuada ponderación de los motivos casacionales aducidos por la defensa de D. Alvaro Net Castel y Doña M^a Gloria Pérez Pallarés demanda la historiación de los siguientes hechos procesales: 1º) Se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Vielha demanda de juicio declarativo de menor cuantía ejercitando acción negatoria de servidumbre por D. Manuel Sanjuán Delamoga contra los indicados D. Alvaro Net y Doña M^a Gloria Pérez, alegándose, en síntesis, que el demandante era propietario de la finca denominada “de Buixa”, sita en la localidad de Gessa; que los demandados eran propietarios de otra finca llamada “de Rosa” que linda con “huerto de Joaquín Sanjuán”; que dichos demandados habían solicitado licencia de obras para la consolidación, restauración y rehabilitación de su casa, habiéndoseles concedido por el Ayuntamiento de Alt Arán bajo condición de que “se respetaran los huecos de fachada existentes, sin suprimir ni añadir ningún otro”; que los demandados ampliaron el vuelo del tejado causando desperfectos en la propiedad del demandante por el deslizamiento de la nieve y que habían procedido a la abertura de tres ventanas sobre su propiedad en el espacio que da al indicado huerto; se terminaba suplicando el dictado de sentencia en la que “se declare la libertad en que se encuentra la propiedad de mi mandante, y que se condene a los demandados perturbadores a taponar a su costa los 3 ventanales abiertos y a recortar el mayor vuelo del tejado hasta el que originariamente tenía, con apercibimiento de que si no lo hicieren en el plazo que se les señale, se hará a su costa y cargo; y dejando la propiedad de mi mandante en el ser y estado que se hallaba, reponiendo la pizarra y descarnamiento de pared y todo aquello que como consecuencia de las obras se puede ocasionar;...”. Los demandados contestaron a la demanda alegando, resumidamente, que la casa “de Rosa” se construyó en 1589, hallándose hoy catalogada en el Registro General de bienes de interés cultural; negaron que las certificaciones registrales reflejaran la realidad de los linderos de las fincas y afirmaron, en cambio, que el vial existente entre la casa “de Rosa” y la casa “de Buixa” es vial público y no propiedad del actor; afirmaron también en dicha contestación que la mayor longitud del vuelo del tejado se hallaba cubierto por la normativa municipal y no había producido daño alguno en la finca del demandante; y negaron finalmente, haber abierto tres ventanas en el vial discutido, admitiendo sólo la apertura de una ventana y la remodelación de las ya existentes, con lo que terminaron instando la desestimación íntegra de los pedimentos contenidos en la demanda. Tramitado que fue el procedimiento de menor cuantía, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia de Vielha sentencia desestimatoria de la demanda entablada, al entender el Juez de instancia que el vial que separa las dos fincas es un pasaje público, pero que, en cualquier caso, resulta plenamente acreditado que las tres ventanas cuyo cierre pretende el actor existían ya de tiempo inmemorial, habiendo procedido los demandados tan sólo a su rehabilitación y que el mayor vuelo del tejado se halla permitido por las Normas Subsidiarias, no habiéndose probado que haya producido daños en propiedad ajena. Recurrida en apelación la sentencia, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida dictó otra revocando en su integridad la anterior y, partiendo de una distinta valoración de la prueba, entendió que el pasaje en discusión era propiedad del actor; de ello derivó que no podían existir ventanas que dieran a ese lado de la finca de los demandados y aplicó las “Ordinacions de Santacilia”, concretamente la número 62, en relación con la 61, dada la fecha de construcción del edificio, concluyendo en la necesidad de su cierre, si bien, al ser un bien de interés cultural de la Generalitat de Catalunya, sometió la ejecución de sentencia a las normas administrativas vigentes sobre la materia; igualmente, la sentencia entendió que el sobrevuelo del tejado perjudicaba al actor, con lo que terminó haciendo las siguientes declaraciones:” a) que la propiedad del denominado pasaje ubicado entre las fincas de ambas partes, corresponde al actor; b) que no hay servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados y con respecto a las ventanas objeto de controversia; c) condenamos a los codemandados D. ALVARO NET CASTEL y Dña. M^o GLORIA PEREZ PALLARES a 1).- a respetar el derecho de propiedad del referido actor; 2).- a taponar las tres ventanas abiertas o modificadas por los mismos y que cuya descripción obra a folio 33, a cargo de los demandados, sin perjuicio, en fase de ejecución de sentencia, de las potestades administrativas que al respecto regula la normativa legal vigente; 3).- a recortar el mayor vuelo del tejado efectuado por ambos demandados, hasta situarlo como era originariamente, con apercibimiento de que, si no lo hicieren en el plazo de dos meses se hará a su costa y cargo; 4).- a reponer la pizarra y descarnamiento de la pared propiedad del actor y a costear todo aquello que con las obras que se efectúen, se pudiera ocasionar en perjuicio del hoy recurrente.

Segundo. - El recurso de casación entablado contra la anterior sentencia se articula sobre siete motivos. El primero de ellos denuncia, al amparo del numeral 3º del art. 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil, infracción del art. 359 de la misma Ley, por incongruencia (que califica de “cualitativa por exceso”) de la sentencia. En definitiva se alega que “Ejercitada en la demanda tan sólo la acción negatoria de servidumbre, la sentencia debía limitarse a resolver únicamente tal procedencia o improcedencia de dicha acción, sin que pudiera efectuar en su fallo pronunciamiento alguno en torno a una acción mero-declarativa de dominio que al no haber sido propuesta en el proceso escapaba a la función jurisdiccional, que debe actuar siempre a instancia de parte, no pudiendo pronunciarse de oficio sobre lo que nadie había solicitado La clara incongruencia cualitativa por exceso de la sentencia recurrida determina su casación en lo que afecta al pronunciamiento a) en el que se incurre en dicha extralimitación”.

En efecto, como ha dicho nuestro más alto Tribunal, “la infracción del art. 359 LEC tiene sede propia en el art. 1692, núm. 3º, por ser la congruencia una de las normas internas reguladoras de la sentencia” (ss. 8 julio y 17 de diciembre de 1985), originándose la infracción legal en caso de existir alguna de estas anomalías: “incongruencia” si no se da la debida adecuación “calificativa” entre lo pedido y lo resuelto; “indecisión” si el fallo no resuelve sobre alguna pretensión oportunamente deducida en el litigio; “plus concesión” si se da algo más allá o en superior cuantía a lo solicitado; y “contradicción” si las disposiciones del fallo resultan antitéticas, de tal modo que la ejecución de una de ellas impida el cumplimiento de otra.

La congruencia -sobre la que luego habrá de volverse- se mide, según nuestra mejor doctrina, por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiere sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. En suma, supone la racional coherencia entre lo que se pide y lo que se otorga.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido, sin embargo, a flexibilizar el principio de la congruencia sobre bases de lógica, racionalidad y respeto al principio de tutela judicial efectiva (así sentencia de 15 de noviembre de 1992), afirmando que no se precisa necesariamente una exactitud literal y rígida entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas, sino que basta que se dé racionalidad, lógica jurídica necesaria y adecuación sustancial (sentencia de 30 de mayo de 1994) y teniendo declarado, en lo que ahora interesa, que no genera incongruencia que el fallo se extienda a extremos que, en el supuesto de no haberse solicitado, hagan referencia a aspectos o precisiones “complementarias” (Sentencia de 10 de noviembre y 2 de diciembre 1994); sean consecuencia “lógica y natural” de lo pedido (Sentencia de 10 y 27 de mayo 1994), sean cuestiones “implícitas”, de necesaria integración, o que estén sustancialmente comprendidas en el objeto del debate (Sentencia 23 marzo 1992, 27 mayo y 5 julio 1994) o cuando exprese “antecedentes” o “consecuencias” que se reputen necesarios para la mejor inteligencia de la fallado (Sentencia 21 de mayo 1994).

A la luz de la anterior doctrina jurisprudencial debe analizarse el motivo casacional primero. Si el debate procesal se plantea sobre la base fáctica de la existencia de unas ventanas que dan a finca ajena y a la existencia de un voladizo que causa desperfectos en la misma, ejercitando el actor la acción negatoria de servidumbre, con fundamento jurídico en el art. 40 de la Llei 13/90, de 9 de julio, del Parlament de Catalunya, antecedente obligado es la declaración o fijación de las propiedades de los fundos, aunque el actor no ejercite formalmente una acción mero-declarativa de propiedad. Así lo ve el propio actor que, en el Fundamento de Derecho nº 4 de la demanda, dice: “se halla legitimado activamente mi poderdante por ser el propietario de la vivienda afectada, mientras que pasivamente los demandados, por ser los causantes de la perturbación” y aún en el Suplico de la demanda impetra que “se declare la libertad en que se encuentra la propiedad de mi mandante”. De otro lado, los demandados no se limitan, en su contestación, a negar la apertura de ventanas o toda clase de daños producidos por la sobreextensión del voladizo, sino que, además, discuten que aquéllas den a fundo vecino, afirman que el pasaje que separa ambas fincas es público y en ello justifican, finalmente, la reconocida apertura de una ventana. La coherencia en la decisión judicial pasaba, necesariamente, por la declaración de propiedad si accedía a las pretensiones del actor, como hizo la Audiencia Provincial de Lleida, no así el Juzgado de instancia. Tal declaración aparece, pues, como antecedente obligado para la decisión final y ello, en primer lugar, por la propia esencia de la acción ejercitada y, en segundo término, por haber sido, como se ha dicho, objeto de debate implícitamente incitado en el Suplico de la demanda. No hay, en consecuencia, incongruencia alguna en la sentencia objeto de recurso y el primer motivo casacional ha de decaer. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El segundo motivo recibe igual amparo legal que el primero: art. 1692.3º de la LEC, por infracción del art. 359 de la misma. Su fundamentación es textualmente la siguiente: “La sentencia recurrida efectúa un planteamiento totalmente nuevo de la pretensión deducida por el actor en este proceso, alterando el hecho fundamental en que se apoyaba y sobre el que se había construido la defensa de esta parte: la alegada apertura por mi mandante de tres ventanas en el año 1990. Habiéndose acreditado plenamente en el proceso, tal como reconocen las sentencias de primera y segunda instancia, que dichas ventanas habían sido abiertas en el año 1589, la demanda debía ser desestimada sin más, sin que fuera posible que la sentencia de apelación partiera de hechos distintos a los alegados en la demanda, situando a esta parte en una maniifiesta indefensión, al privarle de exponer las nuevas excepciones inherentes a dicha esencial variación fáctica, y obligándole a suscitarlas en este recurso de casación, lo que implica de una parte pérdida de dos instancias y de otra una limitación de la defensa inherente al reducido ámbito del recurso, lo que en definitiva equivale a beneficiar al litigante que ha falseado en la demanda los hechos. “

En efecto, según se ha expresado con anterioridad, el planteamiento de la demanda es claro y explícito al respecto. El actor afirma en ella que “posteriormente a la construcción del mayor vuelo del tejado, mi mandante se da cuenta que, los hoy demandados, han procedido a la apertura de 3 ventanas sobre su propiedad...”; para continuar que “obvia decir que la apertura de tales ventanas y el mayor vuelo se hizo sin ningún tipo de consentimiento verbal ni escrito de mi mandante” añadiendo que “aún en el hipotético caso, que la actora hubiera abierto aquellas ventanas amparándose de la existencia de una en la propiedad de mi comitente...” y concluyendo en pedir que se condene “a los demandados perturbadores a taponar a su costa los 3 ventanales abiertos...” Es decir, de forma contundente la acción se dirige al cerramiento de tres ventanas que se dicen abiertas por los demandados. El Juez de Primera Instancia, con singular acierto a la hora de valorar la prueba pericial efectuada, afirma que “resulta plenamente acreditado que las tres ventanas cuyo cierre pretende la actora existían desde tiempo inmemorial, habiendo procedido la demandada únicamente a su rehabilitación”. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Lleida en la sentencia objeto de recurso altera la anterior decisión y, además, de forma realmente incoherente, pues, de una parte, dice, apoyándose como se ha hecho mención, en las Ordinacions de Santacilia, que “en ningún momento los demandados pudieron abrir legalmente dichas ventanas o su configuración original (sic), puesto que daban a predio ajeno y el hecho de que durante siglos hayan podido ser mantenidas, es un acto de mera tolerancia que, en modo alguno puede generar el derecho de la parte apelada...”, concluyendo luego que “en definitiva, debe prosperar la tesis del recurrente en cuanto los demandados en ningún momento pudieron abrir las tres ventanas objeto de controversia”, lo que le lleva a fallar con condena “a taponar las tres ventanas abiertas o modificadas por los mismos...”. La Audiencia, consiguientemente, con un planteamiento confuso y globalizado, no cae en la cuenta de dos circunstancias esenciales. primera, que el supuesto planteado por el actor se concreta en la apertura reciente de las tres ventanas, acción que imputa a los demandados; y segunda, que, modificando dicho punto de debate, incluye una dualidad normativa aplicable: en un caso el art. 40 de la Llei 13/90, de 4 de julio, del Parlament de Catalunya (Fundamento jurídico de la demanda); en otro, las Ordinacions de Santacilia, concretamente la nº 62, en relación con la 61; pues distinto es el hecho jurídico de abrir las ventanas hoy que remozar o retocar los huecos ya existentes desde 1589, aunque en la sentencia de la Audiencia parezca un hecho indiferente.

En esto radica precisamente la incongruencia. Como dice la sentencia de 21 de junio de 1993, para que exista la congruencia exigida por el art. 359 LEC es necesario que el fallo guarde acatamiento a lo sustancial de lo solicitado y los hechos que sirven de apoyo a la petición, excediéndose la decisión de sus funciones jurisdiccionales cuando se aparta del principio “iusta allegata et probata” que obliga al Juzgador a decidir con sujeción a los hechos alegados. Ciertamente es, como se ha dicho, que la congruencia no supone una “literal concordancia” entre pretensión y fallo, pues el principio “iura novit curia” permite al Juzgador aplicar normas distintas, incluso no invocadas, a los hechos preestablecidos, pero esta ha de ser siempre con absoluto respeto al “da mihi factum, dabo tibi ius”, esto es, a la aportación del hecho por la parte o a lo que se ha dado en llamar “el componente fáctico esencial de la acción ejercitada” no siendo lícito al Tribunal modificar o alterar la causa de pedir, apartándose de los hechos fijados, o sustituir las cuestiones debatidas por otras (Ss. 30 dic. 1993, 22 de julio y 10 de nov. de 1994). Cuestión que, como ha remarcado nuestro Tribunal Constitucional, se sobredimensiona cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que el debate se produjo, pudiendo entrañar en tal caso una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del derecho de defensa consagrado en el art. 24 de la Constitución (Ss. 5 de mayo y 10 de diciembre de 1995 y 12 junio de 1996).

La sentencia de apelación incurrió, efectivamente, en incongruencia al orillar y soslayar el debate planteado por las partes (apertura de tres ventanas) y al centrar la discusión en otro punto (remodelación de ventanas ya existentes) no puesto en litigio por el actor, que resuelve con aplicación de diferente normativa. De este modo trasmuta el bloque discursivo de primera instancia y priva a la parte de una defensa plena y adecuada. Es más, ni siquiera entra a ponderar el primer punto aludido, el de si los demandados abrieron o no los huecos, cuando lo cierto y acreditado en autos, por prueba documental y pericial, es que se abrió una sola ventana -hecho admitido por la parte demandada- y se reubicó otra, según se desprende del documento fotográfico (folio 99) y del plano (folio 84) aportados por dichos demandados, aunque este concreto extremo no haya sido sometido a discusión ni decisión y se observa sólo una lineal referencia en la diligencia de emisión del dictamen pericial. Consiguientemente, para ser la decisión congruente con lo alegado y probado, debió centrarse en aquel único punto y ordenar el cierre de la ventana abierta por los demandados, una vez decidido que la misma daba a fondo vecino propiedad del actor, y ello con fundamento en el art. 40 de la citada Ley del Parlamento catalán. De esta forma se ajustaba el fallo al “petitum” (en “minus” que no genera incongruencia), se ponderaba adecuadamente la prueba (admisión parcial de hechos y pericial obrante al folio 339), se adecuaba la decisión judicial a la administrativa (licencia de obras que ordena respetar “los huecos de fachada existentes, sin suprimir ni añadir ningún otro”) y se orillaba el problema de la ejecución de sentencia, entorpecida al recaer sobre una propiedad “limitada” por tratarse de un bien de interés cultural, inscrito como tal con la categoría de monumento histórico (folio 244 ramo de prueba de la parte demandada).

En este sentido, pues, habrá de acogerse en parte el segundo motivo de casación y modificar la sentencia en el sentido que se dirá.

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>El acogimiento sólo parcial del anterior motivo casacional obliga al examen de los motivos restantes. En nada afecta el tercero pues viene fundado igualmente en la incongruencia (art. 1692.3º en relación con el 359 de la LEC), esta vez por contener la sentencia pronunciamientos antitéticos. En concreto, se dice: “La claridad y precisión de la sentencia exigidas por el art. 359 LEC obligan a que no contenga pronunciamientos contradictorios, y mucho menos cuando en un mismo pronunciamiento se efectúan declaraciones que se anulan mutuamente. La sentencia recurrida infringe dicho precepto al condenar de una parte al cierre de las ventanas existentes en la finca de mi mandante, pero al mismo tiempo condicionar dicho cierre a la obtención de las licencias administrativas pertinentes, pese a haber declarado que dichas licencias no pueden ser concedidas al tratarse de un “bien de interés cultural”, y haberse condicionado por la Administración la realización de las obras al respeto de los huecos de fachada existentes, con expresa prohibición de suprimir ninguno de ellos.”

El acogimiento parcial del segundo motivo de casación dará lugar a la orden de cerramiento de la única ventana abierta por los demandados en concordancia con la licencia de obras y la limitación del bien de interés cultural, con lo que no habrá contradicción alguna en el fallo que se dicte y se obviará la resaltada de la sentencia de apelación.

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>En cuanto al cuarto motivo, tiene su base en el numeral 4º del art. 1692 y viene fundado en la infracción del art. 38 de la Ley Hipotecaria. Se dice que: “La sentencia recurrida da pleno valor a los linderos de la finca derivados de una certificación registral del año 1989, que había sido rectificada con posterioridad en méritos de un Auto de 5 diciembre 1.989 dictado en expediente de dominio, sin tener en cuenta la reiterada doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 38 LH en el sentido de que la fe pública registral no comprende las circunstancias de hecho de la finca inscrita, entre ellas los relativos a sus linderos, por depender dicha descripción de la mera declaración de los interesados, sin contar con la debida comprobación registral, al carecer el Registro de datos planimétricos que permitan efectuarla, por cuyo motivo procede la casación de la sentencia para confirmar la de primera instancia que partió de la realidad física del pasaje que dividía ambas fincas para considerarlo de carácter público, tal como resultaba de los planos urbanísticos y catastrales de la finca.”

Basta una mera lectura del art. 38 de la Ley Hipotecaria para convencerse de que no ha sido infringido por la sentencia objeto de recurso, Dicho artículo, como es sabido, contiene la presunción de veracidad de los asientos registrales y dice así: “A todo los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...”. Precisamente la sentencia de segunda instancia se funda en una certificación registral emitida en fecha 6 de febrero de 1989 y obrante al folio 153 para fijar los linderos de la propiedad del actor. Con habilidad, el recurrente invoca como infringido aquel art. 38, aplicado por la Audiencia, cuando en realidad ataca las reglas de valoración de prueba, no accesibles a la casación. De antaño (sentencias de 20 de diciembre de 1963 y 7 de marzo de 1964) hasta hoy (sentencias de 14 de julio de 1994 y 27 de enero de 1995) nuestro Tribunal Supremo ha venido declarando que corresponde a los Tribunales de instancia determinar si es o no suficiente el título presentado para acreditar el dominio. De otra parte, la Audiencia no se basa sólo en la certificación registral y así reza la sentencia: “Esta realidad, se ve demostrada, de forma secundaria, con el resto de la prueba aportada, en especial la testifical obrante a los folios 348 y 349 (ver preguntas 3ª y 4ª)”.

En definitiva, no se ha vulnerado el art. 38 de la L.H. en su aplicación por la Audiencia y a este Tribunal le está vedado entrar en la valoración de la prueba practicada para acreditar el dominio del actor, con lo que el motivo cuarto no puede prosperar. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">Sexto. - </hi>Consideraciones las anteriores que han de servir para el decaimiento del motivo quinto que igualmente es utilizado por el recurrente para entrar, subliminalmente, en el resultado probatorio. El motivo, basado en el art. 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda en la infracción del art. 1.218 del Código Civil, incluido, como es palmario, en el capítulo del mismo dedicado a la prueba de las obligaciones, fijando el valor que debe darse a los documentos públicos. La explicación del motivo es la siguiente: “Figurando en los planos de ordenación urbana del municipio de Gessa calificado como vía pública el pasaje que separa la finca propiedad de mis mandantes de la finca propiedad de los demandados, cuya calificación urbanística fue consentida por el actor al no formular oposición a la misma, y teniendo los planes urbanísticos carácter de documento público con fuerza inmediatamente ejecutiva, la sentencia recurrida al prescindir totalmente de su resultancia, sin hacer la menor alusión a los mismos, infringió claramente el art. 1.218 del Código Civil, procediendo su casación.”

En efecto, la parte interesante de las Normas Subsidiarias del municipio de Gessa y de los planes catastrales fueron aportados por la parte demandada y obran a los folios 97 y 98, pero tales documentos en absoluto gozan de la fuerza de prueba plena que el recurrente demanda. En primer lugar se trata de documentos administrativos, en segundo lugar carecen de la necesaria literosuficiencia y en último término resultan contradichos por otros documentos y otras pruebas. Una vez más, de la mano del recurrente se entraría a revisar la ponderación de prueba realizada por el tribunal “a quo” y éste es terreno casacional vedado. Tan así es, que el recurrente ya pretende el debate revisional sobre las demás pruebas y así dice: “ la indiscutible fuerza probatoria de dichos documentos queda reforzada teniendo en cuenta que coinciden con el resto de la prueba practicada...”, analizando, a continuación, el peso probatorio de las fotografías aportadas en el escrito de contestación a la demanda, la declaración de los testigos presentados por la parte y la declaración de un testigo presentado por los demandados. El motivo de casación ha de ser, pues, llanamente desestimado. </s></p></div3>

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">Séptimo. - </hi>Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo sexto. Basado igualmente en el ordinal 4º del art. 1692 de la LEC, invoca infringido el art. 1.2 A de la Llei 10/1990, de 9 de julio, del Parlamento de Cataluña y se argumenta así: “Incluso en el supuesto de que fueran desestimados los motivos anteriores, para que prosperara la acción negatoria de servidumbre hubiera sido preciso, en aplicación del art. 1.2.a de la Ley 13/1.990 la existencia de un interés del actor, derivado del perjuicio para él resultante por el mantenimiento de la situación, lo que no concurre en el presente caso en parte debido a la antigüedad de la abertura de las ventanas, compensadas por tener el actor otra ventana en la pared opuesta, en parte debido a la existencia de una puerta de pajar en la misma pared en la que están sitas dichas persianas que no es objeto de este proceso, y por último, en lo que respecta a la ampliación del alero del edificio, al haber sido subsanado con anterioridad al proceso cualquier eventual perjuicio derivado de la ampliación del alero con la construcción de arcos “trenca neus” en méritos del contrato transaccional.”.

Según tal precepto de la legislación catalana no cabe acción “si el fets actuals que es pretenen fer cessar o els futurs que es pretenen evitar no perjudiquen l’interès del propietari en la seva propietat”. Invoca, pues, el recurrente la falta de interés del accionante y la carencia de base de la acción ejercitada. El motivo casacional no se sostiene. Las vistas sobre fundo vecino suponen una injerencia efectiva sobre la privacidad de la vida que en el mismo se desarrolla y tal circunstancia legitima el ejercicio de la acción negatoria cuando no se halla constituida una servidumbre que, como su nombre indica, obliga a soportar (el “patitur” de los romanos) tal situación. De otro lado, con la estimación parcial del motivo segundo decae la argumentación basada en una situación tolerada desde tiempo inmemorial y referida a las ventanas que han sufrido una simple variación.

Respecto al sobrevuelo del tejado, la sentencia objeto de recurso, bien que con una argumentación que hubiera podido ser más explícita, dedica su Fundamento de Derecho Tercero a la materia, para concluir que la construcción actual causa daños, puede causar más en lo sucesivo y deben ser reparados aquéllos y evitados éstos, con cita de la prueba pericial practicada. En efecto, en el dictamen puede leerse que: "Respecto a la acumulación de nieve en cubierta propiedad del Sr. Sanjuán, producida por desprendimiento de la nieve de la cubierta del Sr. Net, indicar que es posible, principalmente si el desprendimiento se efectúa con nieve procedente de la parte alta de la cubierta que no dispone de arrostos paranieve y permiten sobrepasar y superar el arrost inferior colocado entre las dos lucanas de la fachada Norte en caso de tener nieve acopiada en el mismo". No nos hallamos pues en un supuesto de adecuación de la construcción a la licencia municipal o a las Normas urbanísticas, ni de que, efectivamente, se haya colocado un "trencaneus" en el tejado de la finca de los demandados; nos hallamos ante la valoración del resultado de una prueba pericial no revisable en vía casacional a menos que -y que no éste el caso- aquella sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (sentencias, entre otras muchas, de 13 de febrero de 1990, 29 de enero de 1991 y 2 de noviembre de 1993).

El motivo, en consecuencia, debe decaer. </s></p></div3>

<div3 n=8>

<p><s><hi rend="bo">**Octavo.** - </hi>Finalmente, tampoco puede ser estimado el séptimo y último de los motivos casacionales, basado éste en la prescripción de la acción negatoria, de conformidad con el art. 2.5 de la citada Llei del Parlamento catalán, de 9 de julio de 1990 y amparado en el art. 1692.4º de la LEC. Obvio resulta que no cabe siquiera entrar en el examen del motivo habida cuenta de que el mismo se basa en que la abertura de ventanas se produjo, según la sentencia, en el año 1589, con lo que el lapso de prescripción quinquenal que el precepto contempla había ya transcurrido con largueza en el año 1994 cuando se presentó la demanda. Casada la sentencia en parte, por mor de la estimación del motivo segundo, queda como único pronunciamiento al respecto el cierre de la ventana abierta efectivamente por los demandados y aunque no se sabe a ciencia cierta la fecha de su abertura, el actor, en el Hecho Cuarto de la demanda, la sitúa "... a partir " de la fecha de concesión de la licencia de obras, que se otorgó el 27 de agosto de 1990, lo que no resulta contradicho por otras pruebas, ni carece de lógica. No ha prescrito, por ende, la acción y el motivo ha de ser desestimado. </s></p></div3>

<div3 n=9>

<p><s><hi rend="bo">**Noveno.** - </hi>De conformidad con el art. 1715.2 de la LEC, no se hace expresa imposición de las costas causadas en este recurso y, visto las particularidades del litigio, tampoco se imponen las de las dos instancias</s></p></div3>

<div3><p><s>Por todas las consideraciones anteriores, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIMOS**</head>

Que estimando en parte el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María José Blanchar García, en nombre y representación de D. ALVARO NET CASTEL y de doña MARIA GLORIA PEREZ PALLARÉS, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida en fecha 5 de julio de 1996, y desestimando el resto, revocamos la misma en el sólo extremo referido en el punto c) 2) del Fallo y en su lugar condenamos a los citados denunciados recurrentes a cerrar la ventana abierta en la fachada norte de la finca "de Rosa" de su propiedad y situada en la planta baja de la misma; mantenemos y confirmamos los demás pronunciamientos de la sentencia, salvo el referido a las costas. No se hace expresa imposición de las costas causadas en este recurso ni en las dos instancias.

Así por esta Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 16 DE GENER DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Blai Gómez i Domínguez / Rosa Fernández i Fernández </head>

<head type=sub rend="bo">A) Text original</head>

<head type=sub rend="bo">**Acció de rescissió per lesió: naturalesa jurídica.- Acció de rescissió per lesió: legitimació activa d'un dels cònjuges per a interposar una acció de rescissió per lesió sobre finca ganancial.- Litisconsorci passiu necessari: no existeix quan s'exercita una acció de rescissió per lesió sobre finca ganancial.- Determinació del preu lesiu: càrrega de la prova quan s'afirma que s'ha pagat un preu superior al que apareix a l'escriptura.- Béns ganancials: determinació.- Defensa en judici dels béns ganancials: legitimació activa.** </head>

Barcelona, 16 de gener de 1997

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que damunt s'esmenten, ha vist el recurs de cassació contra la sentència que va dictar la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona en grau d'apel·lació, com a conseqüència de les actuacions del judici declaratiu de menor quantia que es van seguir davant del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Rubí sobre una acció de rescissió per lesió. Va interposar el recurs la Sra. Rosa Fernández Fernández, representada pel procurador Sr. Alberto Grasa i Fàbrega i defensada pel lletrat Sr. Antonio Segura G. Consuegra i la part recorreguda és el Sr. Blas Gómez Domínguez, representat pel procurador Sr. Àngel Joaniquet Ibarz i defensat per la lletrada Sra. Sofia Soto Ruíz.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> La procuradora dels tribunals Sra. Rosario Davi, que actua en nom del Sr. Blas Gómez Domínguez, va formular demanda de judici declaratiu de menor quantia que per repartiment va correspondre al Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Rubí, contra la Sra. Rosa Fernández Fernández. En l'escrit de demanda, després d'exposar els fets i els fonaments de dret que va considerar d'aplicació, va sol·licitar que es dictés sentència en què es declarés la rescissió o la resolució del contracte de compra-reventa de data 29 d'abril de 1988, subscrit per la part demandada i la seva exesposa Sra. Amparo Serrano García.

Admesa la demanda a tràmit, es va citar el demandat per tal que en el termini legal comparegués en aquestes actuacions i contestés la demanda, la qual cosa va fer en el termini i la forma legals mitjançant la presentació de l'escrit de contestació a la demanda d'acord amb les prescripcions legals. Es va celebrar la compareixença sense haver-hi acord entre les parts i ambdues van sol·licitar la recepció del plet a prova. Les propostes van ser admeses i es van dur a terme amb el resultat que consta en les actuacions.

El Jutjat va dictar sentència amb data 10 d'octubre de 1994, la decisió de la qual és la següent: "Apreciando la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora Dª Rosario Davi en nombre y representación de D. Blas Gómez Domínguez contra Rosa Fernández, sin entrar en el fondo del asunto y debo condenar y condeno a la parte demandante al pago de las costas procesales". </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> L'actor Sr. Blas Gómez Domínguez va interposar recurs d'apel·lació contra la sentència anterior, que va ser admès a tots dos efectes i, un cop substanciada l'alçada, la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar sentència, la decisió de la qual és la següent: "Que estimando, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por **BLAS GÓMEZ DOMÍNGUEZ** contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Rubí en fecha 10 de Octubre de 1.994, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en consecuencia: **Declaramos** resuelto por lesión ultra dimidium el contrato de compareventa formalizado el 29 de Abril de 1.988 y en consecuencia el derecho del demandante y la que fue su esposa, Sra. Amparo Serrano García, a recuperar la propiedad y posesión de la finca objeto de dicho contrato quienes a su vez deberán devolver a la demandada la cantidad de 2.500.000 ptas., más sus intereses desde la fecha del contrato. **Declaramos** igualmente el derecho de la demandada **ROSA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ** a ejercitar la opción que le confiere el art. 325 de la Compilación de derecho civil de Cataluña, en cuyo caso la cantidad a pagar el demandante, para la comunidad ganancial, se completará hasta las 13.312.800 ptas., con sus intereses desde la misma fecha del contrato. Imponemos a la parte demandada las costas del juicio en su primera instancia, sin haber lugar a especial imposición de las costas del recurso". </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El procurador Sr. Alberto Grasa Fàbrega, en representació de la Sra. Rosa Fernández Fernández, va formular recurs de cassació que va fonamentar en els motius següents: 1r. Infracció de la jurisprudència aplicable, a l'empara de l'art. 1.692.4t de la Llei d'enjudiciament civil, per vulneració de la doctrina sobre litisconsorci passiu necessari que contenen les sentències del Tribunal Suprem d'1 d'abril de 1988, 6 de juny de 1988 i 7 de maig de 1993. 2n. Infracció de les normes de l'ordenament jurídic, a l'empara de l'art. 1.692.4t de la Llei d'enjudiciament civil. I 3r. Infracció de les normes de l'ordenament jurídic, a l'empara de l'art. 1692.4t de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> Admès el recurs i un cop evacuat el tràmit d'impugnació, es va assenyalar per a la votació el dia 30 de desembre passat, data en què va tenir lloc. </s></p></div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il.lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Per tal de centrar les qüestions que s'han de resoldre en aquest recurs de cassació, cal fer esment dels fets següents, que s'han acreditat com a certs a les actuacions:

A) El senyor Blas Gómez i Domínguez i la senyora Amparo Serrano i García van contraure matrimoni el dia 28 de novembre de 1965.

B) El dia 8 de maig de 1981 es va atorgar una escriptura pública de compravenda d'una finca, en la qual apareix com a compradora la senyora Amparo Serrano i García, en la qual s'esmenta que la compradora és de veïnatge civil català i que el seu règim econòmic matrimonial és el de separació de béns. El dia 18 de maig de 1981 la senyora Amparo Serrano i García va atorgar una escriptura de declaració d'obra nova amb referència a una casa que s'havia construït sobre la finca esmentada, i manifesta també l'atorgant que té veïnatge civil català i que el seu règim econòmic matrimonial és el de separació de béns.

C) Des del mes de març de 1985 els cònjuges esmentats van viure separats de fet i el dia 16 de setembre de 1986 el Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Terrassa va dictar sentència que decretava la separació judicial dels consorts senyor Blas Gómez i Domínguez i Amparo Serrano i García i decretava també la dissolució del règim econòmic matrimonial.

D) Posteriorment el senyor Blas Gómez i Domínguez va presentar una demanda contra la seva esposa, senyora Amparo Serrano i García, en la qual sol·licitava que es dictés sentència que declarés que el seu règim econòmic matrimonial era el de la societat de guanys del Codi civil, que es decretés la seva dissolució i que s'adjudiqués la finca esmentada a cadascun dels cònjuges per meitats com a bé ganancial. El Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Terrassa va dictar sentència el dia 21 de gener de 1989, que desestimava la demanda. Aquesta resolució va ésser revocada per sentència que en grau d'apel·lació va dictar la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 19 de març de 1990, que declara que el règim econòmic matrimonial dels cònjuges esmentats era el de la societat de guanys del Codi civil, que s'ha de dissoldre i liquidar aquest règim econòmic matrimonial i que la finca abans esmentada té la condició de bé ganancial.

E) Per escriptura pública de data 29 d'abril de 1988 la senyora Amparo Serrano i García va vendre la finca esmentada a la senyora Rosa Fernández i Fernández pel preu de 2.500.000 pessetes. En l'escriptura es fa constar que el règim econòmic matrimonial de la venedora és el de separació de béns.

F) El Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Terrassa va dictar sentència el dia 9 de març de 1989 que decretava el divorci dels cònjuges senyor Blas Gómez i Domínguez i Amparo Serrano i García i la dissolució del règim econòmic matrimonial.

G) Finalment el dia 11 de juny de 1990 el senyor Blas Gómez i Domínguez va interposar una demanda contra la senyora Rosa Fernández i Fernández, en la qual interessava que es dictés sentència que decretés la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just del contracte de compravenda que havien atorgat les senyores Amparo Serrano i García i Rosa Fernández i Fernández el dia 29 d'abril de 1988. La defenent va presentar el seu escrit de contesta a la demanda en el qual al·legava manca de legitimació activa, inadequació del procediment, que el preu que realment havia pagat era de 10.000.000 de pessetes i la seva condició de tercer hipotecari. El Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Rubí va dictar sentència el dia 4 d'octubre de 1994 que desestimava la demanda pel fet que apreciava l'excepció de litisconsorci passiu necessari. Aquesta resolució va ésser revocada per sentència que el dia 10 de juny de 1996 va dictar en grau d'apel·lació la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, que declarava la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just del contracte de compravenda que havien convingut el dia 29 d'abril de 1988 les senyores Amparo Serrano i García i Rosa Fernández i Fernández. Aquesta darrera ha interposat recurs de cassació contra aquesta sentència. -</s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> En el motiu primer del recurs, que es fonamenta en l'article 1692,4 de la Llei d'enjudiciament civil, s'al·lega vulneració de la doctrina jurisprudencial que esmenta en relació amb la figura del litisconsorci passiu necessari, ja que segons la part que recorre la demanda de rescissió per lesió s'havia d'interposar també contra la venedora senyora Amparo Serrano i García.

A l'hora de resoldre aquest motiu del recurs de cassació hem de recordar que la sentència abans esmentada de la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona de 19 de març de 1990 va declarar que la finca objecte del contracte de compravenda tenia la condició de bé ganancial i que aquest pronunciament ha esdevingut ferm. Hem de recordar també que la sentència esmentada declara que el règim econòmic matrimonial dels consorts senyor Blas Gómez i Domínguez i senyora Amparo Serrano i García era el de la societat de guanys del Codi civil i si ens atenem a aquest pronunciament que no s'impugna en el recurs de cassació, hem d'entendre ajustada a dret aquesta declaració, ja que es tracta d'un bé adquirit per un dels cònjuges durant el matrimoni a títol oneros, que segons l'article 1347.3 del Codi civil té la condició de bé comú o ganancial, encara que aparegui com a adquirent sols un dels cònjuges; i, a més a més, aquesta condició de bé comú o ganancial ve confirmada per la presumpció de ganancialitat que estableix l'article 1361 del mateix Codi, que segons la jurisprudència estableix una preferència general a favor dels béns comuns (sentència del Tribunal Suprem de 28 d'octubre de 1965), que en aquest cas no destrueix la part que recorre com s'escau en els supòsits que l'altra part resulti afavorida per una presumpció *iuris tantum*.

</s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Hem d'entendre, doncs, que en el contracte de compravenda de 1988 l'esposa senyora Amparo Serrano i García va vendre a la recurrent una finca ganancial per les raons esmentades en el fonament de dret anterior, a les quals hem d'afegir encara que la mateixa part que recorre en cap moment ha acreditat que se li hagués adjudicat aquesta finca com a conseqüència de la liquidació del règim de ganancials després de la sentència de separació dels cònjuges de l'any 1986, ja que de les actuacions resulta que s'ha dissolt el règim de ganancials com a conseqüència de les sentències de separació i de divorci (article 1392 del Codi civil), però que no s'ha liquidat encara la societat de guanys dissolta. Això vol dir, per tant, que podia el marit interposar l'acció de rescissió per lesió en més de la meitat del preu just, ja que segons l'article 1385.2 del Codi civil qualsevol dels cònjuges pot exercir la defensa dels béns i drets comuns; ço equival a dir que no s'estableix en aquest cas un supòsit de litisconsorci actiu necessari i que, per tant, la demanda interposada per un sol dels cònjuges és processalment correcta (sentència del Tribunal Suprem de 26 de juliol de 1993). I aquest criteri és perfectament aplicable als casos d'exercir-se una acció de rescissió per lesió en més de la meitat del preu just, ja que com va precisar la sentència del Tribunal Suprem de 5 d'abril de 1968 pot interposar l'acció de rescissió per lesió qualsevol dels propietaris que actuï en interès de la comunitat, que és realment el que succeeix en aquest cas amb referència a l'acció interposada pel marit en interès del patrimoni comú o ganancial que encara s'ha de liquidar. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> D'acord amb el que s'acaba de dir, és clar que la sentència d'apel·lació no infringeix la doctrina sobre el litisconsorci actiu necessari, ja que el marit estava legitimat ell sol per interposar l'acció de rescissió per lesió, encara que es tracti d'una acció de tipus personal segons l'article 322 de la Compilació del dret civil de Catalunya. Com tampoc infringeix la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorci passiu necessari, ja que l'acció personal de rescissió per lesió s'ha d'interposar únicament contra la part que apareix com a adquirent en el contracte que es vol rescindir, precisament perquè es tracta d'una acció de tipus personal. Amb la conseqüència que no és necessari demandar també a l'altre consort segons les regles del litisconsorci passiu necessari, ja que l'article 1385.2 del Codi civil no ho exigeix, segurament en base a la coneguda doctrina jurisprudencial que estableix que la sentència desfavorable que recaigui en un judici instat per un dels copropietaris, no perjudica a la resta. I cal afegir encara que el fet de no haver-se adreçat la demanda contra el cònjuge venedor no vulnera els principis que informen la figura del litisconsorci passiu necessari, ja que en el cas del litigi la venedora va tenir sempre notícia de la demanda que s'havia interposat contra la compradora i va tenir per tant l'oportunitat d'ésser part en el litigi, almenys com a part adhesiva. I si no ho va fer, no es pot al·legar en aquest cas infracció de la doctrina sobre el litisconsorci passiu necessari, la qual cosa determina la desestimació del motiu primer del recurs. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> En el motiu segon, que també es fonamenta en l'article 1692.4 de la Llei d'enjudiciament civil, s'al·lega infracció de l'article 321 de la Compilació del dret civil de Catalunya, en relació amb l'article 322 de la mateixa Compilació i articles 1225 i 1226 del Codi civil. Segons la part que recorre en aquest cas no existeix lesió en més de la meitat del preu just, ja que si bé és cert que en l'escriptura de compravenda s'esmenta que el preu de venda es va fixar en la quantitat de 2.500.000 pessetes, realment la compradora va pagar la quantitat de 10.000.000 de pessetes i aquest preu realment pagat de cap manera es pot considerar lesiu. És correcta l'afirmació de la part que recorre que per tal de determinar si existeix o no lesió en més de la meitat del preu just, s'ha de tenir en compte no sols el preu escripturat, sinó també les altres quantitats que hagi rebut el venedor en concepte de preu, encara que apareguin reflectides en document privat (sentències del Tribunal Suprem de 5 de febrer de 1965 i 27 de desembre de 1972 i sentència d'aquesta Sala de 19 d'octubre de 1.995). Ara bé, la part que al·lega haver pagat un preu superior a l'escriptura ha de provar la seva afirmació d'acord amb el que disposa l'article 1214 del Codi civil. Per tal de donar suport a la seva tesi la part que ara recorre ha aportat a les actuacions un document privat signat per les senyores Amparo Serrano i García i Rosa Fernández i Fernández, parts venedora i compradora, i un testimoni. La sentència d'apel·lació ha valorat aquest document privat, ha valorat també les declaracions del testimoni que signa el document i ha constatat finalment que no hi ha cap indici fiable d'haver-se pagat realment el complement de preu que esmenta aquest document. Aquestes apreciacions de la Sala d'apel·lació no les impugna de forma escaient la part que recorre, que realment no pretén altra cosa que fer ara una nova valoració de la prova per aquest Tribunal, que suposaria una clara vulneració dels principis que informen el recurs de cassació. Per consegüent, s'ha de desestimar també el motiu segon del recurs no sols per les raons esmentades, sinó també perquè aquest Tribunal comparteix totalment els arguments de la sentència d'instància sobre procedència de l'acció de rescissió per lesió en aquest cas. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> El tercer i darrer dels motius de cassació es fonamenta també en l'article 1692.4 de la Llei d'enjudiciament civil; s'al·lega infracció dels articles 34 i 37 de la Llei hipotecària, ja que la recurrent va actuar creient que era cert el que publicava el Registre de la Propietat i d'acord amb les regles de la bona fe que estableixen els articles 433 i 1950 del Codi civil.

Aquest motiu és clarament desestimable. Ja que l'acció de rescissió per lesió s'ha d'adreçar en qualsevol cas contra l'adquirent que apareix com a part contractant en el contracte lesiu, com a conseqüència del caràcter personal de l'acció rescissòria, segons l'article 322 de la Compilació. Per consegüent, no tenen cap incidència en aquest punt els preceptes de la legislació hipotecària que fan referència a la protecció dels tercers, és a dir, aquelles persones que no tenen la condició de parts en el contracte lesiu. Com també s'invoquen de forma inoportuna en aquest motiu del recurs els articles 433 i 1950 del Codi civil que protegeixen les persones que actuen de bona fe. En primer lloc perquè aquesta pretesa bona fe de la part que recorre, la posa fonamentalment en dubte la sentència d'apel·lació. I en segon lloc, perquè l'acció de rescissió per lesió escau quan hi ha una desproporció en més de la meitat entre el preu que realment es va pagar i el preu just o valor en venda de la finca al temps d'ésser atorgat el contracte (art. 323.2 de la Compilació), amb independència de la hipotètica bona o mala fe de la part compradora en tot el procés que va portar al contracte lesiu. </s></p></div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">Setè. - </hi> Tots aquests raonaments porten a la desestimació total del recurs de cassació i a la imposició de les costes a la part que recorre, sense que escaigui cap pronunciament sobre el dipòsit per no haver-se constituït en aquest cas, d'acord amb allò que estableix l'article 1715 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p></div3>

<div3><p><s> Per tot el que s'ha exposat, en nom del Rei i per l'autoritat del Poble espanyol, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">DECIDIM</head>

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de cassació que ha interposat el procurador dels tribunals senyor Albert Grasa i Fàbrega, en nom i representació de la senyora Rosa Fernández i Fernández, contra la sentència dictada per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona de 10 de juny de 1996; confirmem la resolució contra la qual es recorre, amb imposició de costes a la recurrent, sense que escaigui fer cap pronunciament sobre el dipòsit.

S'ha de lliurar la certificació corresponent al president del tribunal esmentat i s'han de retornar les actuacions i el rotllo que van trametre. Doneu la publicació establerta legalment a aquesta sentència. Aquesta és la nostra sentència, que pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Blas Gómez Domínguez / Rosa Fernández Fernández</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">**Acción de rescisión por lesión: naturaleza jurídica.- Acción de rescisión por lesión: legitimación activa de uno de los cónyuges para interponer una acción de rescisión por lesión sobre finca ganancial.- Litisconsorcio pasivo necesario: no existe cuando se ejercita una acción de rescisión por lesión sobre finca ganancial.- Determinación del precio lesivo: carga de la prueba cuando se afirma que se ha pagado un precio superior al escriturado.- Bienes gananciales: determinación.- Defensa de juicio de bienes gananciales: legitimación activa.**</head>

Visto por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en grado de apelación, como consecuencia de los autos del juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de primera Instancia nº 1 de Rubí sobre acción de rescisión por lesión. Interpuso el recurso Dª Rosa Fernández Fernández, representada por el Procurador D. Alberto Grasa i Fábrega y defendida por el Letrado D. Antonio Segura G. Consuegra siendo la parte recurrida D. Blas Gómez Domínguez, representado por el Procurador D. Angel Joaniquet Ibarz y defendido por la Letrada Dª Sofía Soto Ruíz.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**HECHOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>La Procuradora de los Tribunales Dª Rosario Davi, actuando en nombre de D. Blas Domínguez González, formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Rubí, contra Dª Rosa Fernández Fernández. En el escrito de demanda, después de exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, solicitó se dictase sentencia declarando la rescisión o la resolución del contrato de compraventa de fecha 29 de abril de 1988, suscrito por la demandada y su ex- esposa Dª Amparo Serrano García.

Admitida la demanda a trámite, se citó al demandado para que dentro del plazo legal compareciese en autos contestando la demanda, lo que hizo en tiempo y forma. Celebrada la comparecencia sin acuerdo entre las partes, ambas solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Las propuestas fueron admitidas y se llevaron a cabo con el resultado que consta en los autos.

El Juzgado dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 1994, cuya decisión es la siguiente: "Apreciando la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora Dª Rosario Davi en nombre y representación de D. Blas Domínguez contra Rosa Fernández, sin entrar en el fondo del asunto y debo condenar y condeno a la parte demandante al pago de las costas procesales". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>El actor D. Blas Gómez Domínguez interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, que se admitió en ambos efectos y, sustanciada la alzada, la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, cuyo fallo es el siguiente: "Que estimando, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por **BLAS GÓMEZ DOMÍNGUEZ** contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Rubí en fecha 10 de octubre de 1994, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en consecuencia: **Declaramos** resuelto por lesión ultra dimidium el contrato de compraventa formalizado el 29 de abril de 1988 y en consecuencia el derecho del demandante y la que fue su esposa, Dª Amparo Serrano García, a recuperar la propiedad y posesión de la finca objeto de dicho contrato quienes a su vez deberán devolver a la demandada la cantidad de 2.500.000 pesetas, más sus intereses desde la fecha del contrato. **Declaramos** igualmente el derecho de la demandada **ROSA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ** a ejercitar la opción que le confiere el artículo 325 de la Compilación de derecho civil de Cataluña, en cuyo caso la cantidad a pagar el demandante, para la comunidad de gananciales, se completará hasta las 13.312.800 pesetas, con sus intereses desde la misma fecha del contrato. Imponemos a la parte demandada las costas del juicio en su primera instancia, sin haber lugar a especial imposición de las costas del recurso". </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El procurador D. Alberto Grasa Fábrega, en representación de Dª Rosa Fernández Fernández, formuló recurso de casación fundamentado en los siguientes motivos: 1º Infracción de la jurisprudencia aplicable, al amparo del artículo 1.692,4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración de la doctrina sobre litisconsorcio pasivo necesario contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1988, 6 de junio de 1988 y 7 de mayo de 1993. 2º, Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al amparo del artículo 1.969,4º de la ley de Enjuiciamiento Civil. Y 3º Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al amparo del artículo 1.692,4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Admitido el recurso y evacuado el trámite de impugnación, se señaló para la votación el 30 de diciembre pasado, fecha en que se celebró. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Lluís Puig i Ferriol. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">RAZONAMIENTOS JURÍDICOS</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Para centrar las cuestiones que tienen que resolverse en el presente recurso de casación, hay que mencionar los hechos siguientes, acreditados como ciertos en los autos:

A) D. Blas Gómez i Domínguez y D^a Amparo Serrano i García contrajeron matrimonio el 28 de noviembre de 1965.

B) El 8 de mayo de 1981 se otorgó una escritura pública de compraventa de una finca, en la que aparece como compradora D^a Amparo Serrano i García, en la que se dice que la compradora es de vecindad civil catalana y que su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. El 18 de mayo de 1981 D^a Amparo Serrano i García otorgó una escritura de declaración de obra nueva referida a una casa que se había construido sobre la expresada finca, y manifiesta también la otorgante que tiene vecindad civil catalana y que su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes.

C) Desde el mes de marzo de 1985 los expresados cónyuges vivieron separados de hecho y el 16 de septiembre de 1986 el Juzgado de Primera Instancia n^o 3 de Terrassa dictó sentencia decretando la separación judicial de los consortes D. Blas Gómez i Domínguez y D^a. Amparo Serrano i García y decretando también la disolución del régimen económico matrimonial.

D) Posteriormente D. Blas Gómez i Domínguez presentó demanda contra su esposa, D^a. Amparo Serrano i García, solicitando se dictase sentencia declarando que su régimen económico matrimonial era el de la sociedad de gananciales del Código Civil, se decretase su disolución y se adjudicase la expresada finca a cada uno de los cónyuges por mitades como bien ganancial. El Juzgado de Primera Instancia n^o 3 de Terrassa dictó sentencia el 21 de enero de 1989, desestimando la demanda. Esta resolución fue revocada por sentencia que en grado de apelación dictó la Sección 14^a de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de marzo de 1990, declarando que el régimen económico matrimonial de los expresados cónyuges era el de la sociedad de gananciales del Código Civil, que tiene que disolverse y liquidarse este régimen económico matrimonial y que la finca antes citada tiene la condición de bien ganancial.

E) Por escritura pública de fecha 29 de abril de 1988 D^a. Amparo Serrano i García vendió la expresada finca a D^a. Rosa Fernández i Fernández por el precio de 2.500.000 pesetas. En la escritura se hace constar que el régimen económico matrimonial de la vendedora es el de separación de bienes.

F) El Juzgado de Primera Instancia n^o 3 de Terrassa dictó sentencia el 9 de marzo de 1989 decretando el divorcio de los cónyuges D. Blas Gómez i Domínguez y D^a. Amparo Serrano i García y la disolución del régimen económico matrimonial.

G) Finalmente el 11 de junio de 1990 D. Blas Gómez i Domínguez interpuso demanda contra D^a. Rosa Fernández i Fernández, interesando se dictase sentencia decretando la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio del contrato de compraventa otorgado por D^a. Amparo Serrano i García y D^a. Rosa Fernández i Fernández el 29 de abril de 1988. La demandada presentó su escrito de contestación a la demanda alegando falta de legitimación activa, inadecuación del procedimiento, que el precio de realmente había pagado era de 10.000.000 pesetas y su condición de tercero hipotecario. El Juzgado de Primera Instancia n^o 4 de Rubí dictó sentencia el 4 de octubre de 1994 desestimando la demanda por el hecho de que apreciaba la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Esta resolución fue revocada por sentencia que el 10 de junio de 1996 dictó en grado de apelación la Sección 16^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, declarando la rescisión por lesión en más de la mitad del precio justo del contrato de compraventa que habían celebrado el 29 de abril de 1988 D^a. Amparo Serrano i García y D^a. Rosa Fernández i Fernández. Esta última ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia.

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>En el motivo primero del recurso, fundamentado en el artículo 1692,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega vulneración de la doctrina jurisprudencial que cita en relación con la figura del litisconsorcio pasivo necesario, ya que según la recurrente la demanda de rescisión por lesión tenía que interponerse también contra la vendedora D^a. Amparo Serrano y García.

A la hora de resolver el presente motivo del recurso de casación tenemos que recordar que la sentencia antes citada de la Sección 14^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo declaró que la finca objeto del contrato de compraventa tenía la condición de bien ganancial y que este pronunciamiento es firme. Tenemos que recordar también que la expresada sentencia declara que el régimen económico matrimonial de los consortes D. Blas Gómez i Domínguez y D^a. Amparo Serrano i García era el de la sociedad de gananciales del Código Civil y si nos atenemos a este pronunciamiento, que no se impugna en el recurso de casación, tenemos que entender ajustada a derecho esta declaración, ya que se trata de un bien adquirido por uno de los cónyuges durante el matrimonio a título oneroso, que según el artículo 1347.3 del Código Civil tiene la condición de bien común o ganancial, aunque aparezca como adquirente sólo uno de los cónyuges; y, además, esta condición de bien común o ganancial viene confirmada por la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 del mismo Código, que según la jurisprudencia establece una preferencia general a favor de los bienes comunes (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1965), que en este caso no destruye la parte recurrente como procede en los supuestos en que la otra parte resulte favorecida por una presunción *iuris tantum*.

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Debemos entender, pues, que en el contrato de compraventa de 1988 la esposa D^a. Amparo Serrano i García vendió a la recurrente una finca ganancial por las razones expresadas en el fundamento de derecho anterior, a las que debemos añadir aún que la misma parte recurrente en ningún momento ha acreditado que se le haya adjudicado esta finca como consecuencia de la liquidación del régimen de gananciales después de la sentencia de separación de los cónyuges del año 1986, ya que de las actuaciones resulta que se ha disuelto el régimen de gananciales como consecuencia de las sentencias de separación y de divorcio (artículo 1392 del Código Civil), pero que no se ha liquidado aún la sociedad de gananciales disuelta. Ello quiere decir, por tanto, que podía el marido interponer la acción de rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, ya que según el artículo 1385.2 del Código Civil cualquiera de los cónyuges puede ejercer la defensa de los bienes y derechos comunes; ello equivale a decir que no se establece en el presente caso un supuesto de litisconsorcio activo necesario y que, por tanto, la demanda interpuesta por uno sólo de los cónyuges es procesalmente correcta (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1993). Y este criterio es perfectamente aplicable en los casos de ejercerse una acción de rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, ya que como precisó la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1968 puede interponer la acción de rescisión por lesión cualquiera de los propietarios que actúe en interés de la comunidad, que es realmente lo que sucede en este caso con referencia a la acción interpuesta por el marido en interés del patrimonio común o ganancial que aún tiene que liquidarse. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Según lo expuesto, queda claro que la sentencia de apelación no infringe la doctrina sobre el litisconsorcio activo necesario, ya que el marido estaba legitimado él solo para interponer la acción de rescisión por lesión, aunque se trate de una acción de tipo personal según el artículo 322 de la Compilación de derecho civil de Cataluña. Como tampoco infringe la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, ya que la acción personal de rescisión por lesión tiene que interponerse sólo contra la parte que aparece como adquirente en el contrato que se quiere rescindir, precisamente porque se trata de una acción de tipo personal. Con la consecuencia de que no es necesario demandar también al otro consorte según las reglas del litisconsorcio pasivo necesario, ya que el artículo 1385.2 del Código Civil no lo exige, seguramente en base a la conocida doctrina jurisprudencial que establece que la sentencia desfavorable recaída en juicio instado por uno de los copropietarios, no perjudica al resto. Y hay que añadir aún que el hecho de no haberse dirigido la demanda contra el cónyuge vendedor no vulnera los principios informadores de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, ya que en el caso del litigio la vendedora tuvo siempre noticia de la demanda que se había interpuesto contra la compradora y tuvo por tanto la oportunidad de ser parte en el litigio, por lo menos como parte adherida. Y si no lo hizo, no se puede alegar en este caso infracción de la doctrina sobre el litisconsorcio pasivo necesario, lo cual determina la desestimación del motivo primero del recurso. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>En el motivo segundo, que también se fundamenta en el artículo 1692.4 de la ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 321 de la Compilación de derecho civil de Cataluña, en relación con el artículo 322 de la misma Compilación y artículos 1225 y 1226 del Código Civil. Según la parte recurrente en el presente caso no existe lesión en más de la mitad del precio justo, ya que si bien es cierto que en la escritura de compraventa se expresa que el precio de venta se fijó en la cantidad de 2.500.000 pesetas, realmente la compradora pagó la cantidad de 10.000.000 de pesetas y este precio realmente pagado de ninguna manera se puede considerar lesivo.

Es correcta la afirmación de la parte recurrente que para determinar si existe o no lesión en más de la mitad del justo precio, debe tenerse en cuenta no sólo el precio escriturado, sino también las otras cantidades que haya recibido el vendedor en concepto de precio, aunque aparezcan reflejadas en documento privado (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1965 y 27 de diciembre de 1972 y sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 1995). Ahora bien, la parte que alega haber pagado un precio superior al escriturado tiene que probar su afirmación según lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil. Para dar soporte a su tesis la parte ahora recurrente ha aportado a los autos un documento privado firmado por D^a. Amparo Serrano i García y D^a. Rosa Fernández i Fernández, partes vendedora y compradora, y un testigo. La sentencia de apelación ha valorado este documento privado, ha valorado también las declaraciones del testigo firmante del documento y ha constatado finalmente que no hay ningún indicio fiable de haberse pagado realmente el complemento de precio que expresa ese documento. Estas apreciaciones de la Sala de apelación no les impugna de modo procedente la parte recurrente, que realmente no pretende otra cosa que hacer ahora una nueva valoración de la prueba por este Tribunal, que supondría una clara vulneración de los principios informadores del recurso de casación. Por consiguiente, tiene que desestimarse también el motivo segundo del recurso no sólo por las razones expresadas, sino también porque este Tribunal comparte totalmente los argumentos de la sentencia de instancia sobre procedencia de la acción de rescisión por lesión en el presente caso. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>El tercero y último de los motivos de casación se fundamenta también en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y alega infracción de los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, ya que la recurrente actuó creyendo que era cierto lo que publicaba el Registro de la Propiedad y según las reglas de la buena fe establecidas en los artículos 433 y 1950 del Código Civil.

Este motivo es claramente desestimable. Ya que la acción de rescisión por lesión tiene que dirigirse en cualquier caso contra el adquirente que aparece como parte contratante en el contrato lesivo, como consecuencia del carácter personal de la acción rescisoria, según el artículo 322 de la Compilación. Por consiguiente, no tienen ninguna incidencia en este punto los preceptos de la legislación hipotecaria referidos a la protección de los terceros, es decir, aquellas personas que no tienen la condición de partes en el contrato lesivo. Como también se invocan de modo inoportuno en este motivo del recurso los artículos 433 y 1950 del Código Civil que protegen a las personas que actúan de buena fe. En primer lugar porque esta pretendida buena fe de la parte recurrente, la pone fundamentalmente en duda la sentencia de apelación. Y en segundo lugar, porque la acción de rescisión por lesión procede cuando hay una desproporción en más de la mitad entre el precio que realmente se pagó y el precio justo o valor en venta de la finca al tiempo de ser otorgado el contrato (art. 323.2 de la Compilación), con independencia de la hipotética buena o mala fe de la parte compradora en todo el proceso que llevo al contrato lesivo. </s></p></div3>

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** - </hi>Todos estos razonamientos llevan a la desestimación total del recurso de casación y a la imposición de las costas a la parte recurrente, sin que proceda ningún pronunciamiento sobre el depósito por no haberse constituido en este caso, según lo establecido en el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Albert Grasa i Fàbrega, en nombre y representación de D^a Rosa Fernández i Fernández, contra la sentencia dictada por la Sección 16^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de junio de 1996; confirmamos la resolución recurrida, con imposición de costas a la recurrente, sin que proceda ningún pronunciamiento sobre el depósito.

Expídase la certificación correspondiente al presidente del expresado Tribunal y devuélvase los autos y el rollo enviados. Dese la publicación legalmente establecida a la presente sentencia. Por esta nuestra sentencia, que pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 10 DE FEBRER DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Rafael Padrol i Marivent / Xavier Roca i Forns*</head>
 <head type=sub rend="bo">A) *Text original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió: naturalesa jurídica.- Recurs de revisió en cas de maquinacions fraudulentes.- Prova de les maquinacions fraudulentes.- Termini per a interposar el recurs de revisió i naturalesa jurídica del termini.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels Magistrats que damunt s'esmenten, ha vist el present recurs extraordinari de revisió que va promoure el Sr. RAFAEL PADROL MARIVENT, representat per la procuradora Sra. Mònica Banqué Bover i dirigit per l'advocat Sr. Jordi Ventura Buixadós, contra la Sentència ferma de data 24 de novembre de 1994 dictada pel Jutjat de 1a Instància núm. 27 de Barcelona en actes de judici de desnonament per manca de pagament que va instar el Sr. Javier Roca Forns contra l'esmentat Sr. Padrol Mirabent, propietari i arrendatari, respectivament, del magatzem o taller situat al núm. 6 del carrer Jaume Giral de Barcelona. La part contra la qual s'interposa aquest recurs és el Sr. Roca Forns, representat pel Procurador Sr. Leopoldo Rodés Durall i defensat per la lletrada Sr. Eulàlia Màrquez Roca.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Contra la Sentència ferma que s'ha assenyalat anteriorment, el Sr. Rafael Padrol Marivent va interposar davant aquest Tribunal el present recurs extraordinari de revisió en què ha estat part demandada el Sr. Javier Roca Forns. </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> S'ha seguit la tramitació d'acord amb la llei. El Ministeri fiscal ha informat tal com preveu l'art. 1802 de la Llei processal civil. </s></p>
 </div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent el magistrat de la Sala II-lm. Sr. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ. </s></p></div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> El Sr. Rafael Padrol Marivent interposa aquest recurs extraordinari de revisió contra la Sentència ferma del Jutjat de 1a Instància núm. 27 de Barcelona de 24 de novembre de 1994, dictada en el judici de desnonament per manca de pagament que va instar contra ell, com a arrendatari, el Sr. Javier Roca Forns, propietari del magatzem o taller (el contracte utilitzava les dues expressions) situat al carrer Jaume Giral, núm. 6 de Barcelona. La revisió és fonamentada en el núm. 4t. de l'article 1796 de la Llei d'enjudiciament civil en al·legar-se que el propietari Sr. Roca Forns va obtenir l'esmentada Sentència ferma amb "maquinació fraudulenta", atès que va amagar al Jutjat el domicili del seu arrendatari i aquest va ser citat en estrades, per les quals coses no va poder tenir coneixement de l'existència del judici i no va poder-se defensar. </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Com hem dit, entre d'altres, a les nostres sentències de 13 d'octubre, 30 de novembre i 30 de desembre de 1994, 12 de gener de 1995 i 21 d'octubre de 1996 (dues), seguint doctrina repetida del Tribunal Suprem (sentències de 12 de novembre de 1986, 11 de maig de 1987, 14 de març de 1990, 16 de març de 1992, 26 de gener, 12 de febrer i 17 de març de 1993, 19 de setembre i 26 d'octubre de 1994, dos de 24 de gener, de 16 d'abril i 22 de maig de 1996, etc.) del caràcter extraordinari del recurs de revisió es deriva d'una manera indubtable que correspon al recurrent acreditar el dia en què va tenir coneixement del frau, per tal de computar el termini de 3 mesos de l'art. 1798 de la Llei de procediment civil; "dies a quo" que l'actor ha de provar amb tota claredat i precisió, atès que aquest és un termini de caducitat i civil, no processal, ja que no es produeix en el curs d'un procés, i per tant no és susceptible d'interrupció i la seva computació ha de fer-se d'acord amb l'art. 5 del Codi civil. </s></p>
 </div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El demandat en revisió oposa com a primera excepció a la seva viabilitat la de caducitat en haver transcorregut més de 3 mesos des que l'actor diu que va descobrir el suposat frau "en los primeros días del mes de junio de 1995" (3r paràgraf del full 1r de la demanda, al foli 1 de les actuacions) i el 22 de setembre del mateix any 1995 en que es presenta la demanda (foli 5 d'actes); i, certament, que des dels primers dies del mes de juny al 22 de setembre hi han més de 3 mesos, per la qual cosa haurà de prosperar irremeiablement l'excepció de caducitat de l'acció revisora si no resulta acollible l'explicació donada a l'acte de la vista per la defensa de l'agent de la revisió, la qual va al·legar que fou un lapsus mecanogràfic la consignació de la lletra "n" del mes de *junio*, quan el que volia era posar *julio*, i que la transmutació per error de la lletra "n" en comptes de la "l" que hauria d'haver sigut, és el que ha fet resultar errònia la consignació del mes de juny en lloc del de juliol. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> Aquesta Sala no pot creure's l'exposició anterior de la defensa del Sr. Padrol. En primer lloc, perquè era ella la que hauria d'haver demostrat el suposat error al·legat, la qual cosa no ha fet de cap manera malgrat que li hagués estat ben fàcil realitzar-ho en veure l'excepció de la contestació fent prova, per exemple, d'haver escrit la data correcta (sense transmutació de la lletra) en la demanda d'audiència al rebel que paral·lelament també va presentar davant la Secció 13a de l'Audiència Provincial; o en la demanda de revisió anterior que amb el núm. 25/95 va interposar davant aquest mateix Tribunal.

A falta de tota altra prova -que, insistim, hauria d'haver aportat l'agent de la revisió-, el que aquest Tribunal constata és que la demanda diu -ja ho hem vist- que el suposat frau "llegó en conocimiento del perjudicado en los primeros días del mes de junio de 1995 que es la fecha en que compareció al domicilio de la letuada de la adversa". I que la demanda de revisió del recurs núm. 25/95 d'aquesta Sala va ésser presentada el 31 de juliol de 1995 (foli 123 d'aquestes actuacions) i, per tant, dins dels 3 mesos des del descobriment del pretès frau; però aquella demanda es va rebutjar per falta de dipòsit per Interlocutòria de 4 de setembre del mateix any; i el 22 del mateix mes de setembre és quan presenta l'actual demanda revisòria fora ja, per tant, dels 3 mesos de l' art. 1798 de la Llei d'enjudiciament civil.

Hem de declarar, per tant, caducada l'acció. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** </hi> La improcedència del recurs de revisió comporta les conseqüències que pel que fa a les costes i al dipòsit determina l'art. 1809 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p></div3>

<div3><p><s> Per tot l'anterior, en nom del Rei i per l'autoritat que ens atorga la Constitució, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**HEM DECIDIT**</head>

Desestimar el recurs extraordinari de revisió que s'esmenta a la capçalera i al primer fonament de dret d'aquesta resolució. Condemnem el SR. RAFAEL PADROL MARIBENT al pagament de les costes i a la pèrdua del dipòsit que va constituir per interposar-lo.

Així ho acordem, ho manem i ho signem.

Notifiqueu-ho a les parts amb la indicació que contra aquesta Sentència no es pot interposar cap recurs (art. 1810 de la Llei processal civil) </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Rafael Padrol Marivent / Xavier Roca Forns</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Traducción
 </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión: naturaleza jurídica.- Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas.- Prueba de las maquinaciones fraudulentas.- Plazo para interponer el recurso de revisión y naturaleza jurídica del plazo.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso extraordinario de revisión promovido por D. RAFAEL PADROL MARIVENT, representado por la Procuradora D^a. Mónica Banqué Bover y dirigido por el Letrado D. Jordi Ventura Buixadós, contra la Sentencia firme de fecha 24 de noviembre de 1994 dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 27 de Barcelona en autos de juicio de desahucio por falta de pago instado por D. Javier Roca Forns contra el expresado Sr. Padrol Mirabent, propietario y arrendatario, respectivamente, del almacén o taller situado en el n^o 6 de la calle Jaume Giralt de Barcelona. Parte recurrida es el Sr. Roca Fons, representado por el Procurador D. Leopoldo Rodés Durrall y defendido por la Letrada D^a Eulalia Márquez Roca.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Contra la Sentencia firme anteriormente señalada, D. Rafael Padrol Marivent interpuso ante este Tribunal el presente recurso extraordinario de revisión, siendo parte demandada D. Javier Roca Forns. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Se han seguido los trámites establecidos por la ley. El Ministerio Fiscal ha informado conforme establece el art. 1802 de la Ley Procesal Civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>D. Rafael Padrol Marivent interpone este recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia firme del Juzgado de 1^a Instancia núm. 27 de Barcelona de 24 de noviembre de 1994, dictada en el juicio de desahucio por falta de pago que instó contra él, como arrendatario, D. Javier Roca Forns, propietario del almacén o taller (el contrato utilizaba las dos expresiones) situado en la calle Jaume Giralt, n^o 6 de Barcelona. La revisión se fundamenta en el apartado 4^o del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al alegarse que el propietario Sr. Roca Forns obtuvo la expresada Sentencia firme con "maquinación fraudulenta", puesto que ocultó al Juzgado el domicilio de su arrendatario que fue citado en estrados, por lo que no pudo tener conocimiento de la existencia del juicio y no se pudo defender. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Como hemos dicho, entre otras, en nuestras Sentencias de 13 de octubre, 30 de noviembre y 30 de diciembre de 1994, 12 de enero de 1995 y 21 de octubre de 1996 (dos), siguiendo doctrina repetida del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de noviembre de 1986, 11 de mayo de 1987, 14 de marzo de 1990, 16 de marzo de 1992, 26 de enero, 12 de febrero y 17 de marzo de 1993, 19 de septiembre y 26 de octubre de 1994, dos de 24 de enero, de 16 de abril y 22 de mayo de 1996, etc.) del carácter extraordinario del recurso de revisión deriva de un modo indudable que corresponde al recurrente acreditar el día en que tuvo conocimiento del fraude para computar el plazo de 3 meses del art. 1798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "dies a quo" que el actor tiene que probar con toda claridad y precisión, puesto que se trata de un plazo de caducidad y civil, no procesal, ya que no se produce en el curso de un proceso, y por tanto no es susceptible de interrupción y su computación ha de hacerse según el art. 5 del Código Civil. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El demandado en revisión opone como primera excepción a su viabilidad la de caducidad de la acción al haber transcurrido más de 3 meses desde que el actor dice que descubrió el supuesto fraude "en los primeros días del mes de junio de 1995" (3er párrafo de la 1^a hoja de la demanda, en el folio 1 de los autos) y el 22 de septiembre del mismo año 1995 en que se presentó la demanda (folio 5 de autos); y, ciertamente, desde los primeros días del mes de junio al 22 de septiembre hay más de 3 meses, por lo que habrá de prosperar irremediamente la excepción de caducidad de la acción revisora si no resulta acogible la explicación dada en el acto de la vista por la defensa del actor de la revisión, al aducir que fue un lapso mecanográfico la consignación de la letra "n" del mes de *junio*, cuando lo que quería era poner *julio*, y que la transmutación por error de la letra "n" en vez de la "l" es lo que ha hecho resultar errónea la consignación del mes de junio en lugar de julio. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Esta Sala no puede creer la precedente exposición de la defensa del Sr. Padrol. En primer lugar, porque era ella la que tenía que haber demostrado el supuesto error alegado, lo que no ha hecho de ninguna manera a pesar de que le hubiese resultado bien fácil hacerlo al ver la excepción de la contestación haciendo prueba, por ejemplo, de haber escrito la fecha correcta (sin transmutación de la letra) en la demanda de audiencia al rebelde que paralelamente presentó ante la Sección 13ª de la Audiencia Provincial; o en la demanda de revisión anterior que con el nº 25/95 interpuso ante este mismo Tribunal.

A falta de otra prueba -que, insistimos, debería haber aportado el actor de la revisión-, lo que este Tribunal constata es que la demanda dice -ya lo hemos visto- que el supuesto fraude "llegó en conocimiento del perjudicado en los primeros días del mes de junio de 1995 que es la fecha en que compareció al domicilio de la letrada de la adversa". Y que la demanda de revisión del recurso nº 25/95 de esta Sala fue presentada el 31 de julio de 1995 (folio 123 de las presentes actuaciones) y, por ende, dentro de los 3 meses desde el descubrimiento del pretendido fraude; pero aquella demanda se rechazó por falta de depósito por Auto de 4 de septiembre del mismo año; y el 22 del mismo mes de septiembre es cuando se presenta la actual demanda revisoria fuera ya, por tanto, de los 3 meses del art. 1798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hemos de declarar, por tanto, caducada la acción revisora. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>La improcedencia del recurso comporta las consecuencias respecto a las costas y depósito determinadas en el art. 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos otorga la Constitución, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Desestimar el recurso extraordinario de revisión expresado al comienzo y en el primer fundamento de derecho de la presente resolución. Condenamos a D. RAFAEL PADROL MARIBENT al pago de las costas y a la pérdida del depósito que constituyó para interponerlo.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese a las partes significándoles que contra la presente Sentencia no cabe recurso alguno. (art. 1810 de la ley procesal civil) </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 5 DE MARÇ DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Josep Gimeno i Griño / Jaume Gelabert i Casassas i altre</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió en cas de maquinacions fraudulentas: noció de maquinacions fraudulentas.- Citació a termini dels defenents en el domicili que van elegir: efectes.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats expressats al marge, aquest procés civil de recurs extraordinari de revisió interposat pel Sr. José Gimeno Griño, representat pel procurador Sr. Antonio M. Anzizu Furest i defensat pel lletrat Sr. Jordi Cortada Pasola, respecte de la sentència ferma dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tarragona en les actuacions de judici de cognició, sobre reclamació de quantitat, seguides pels senyors Jaume Gelabert Casassas i Alejandro de Buen Linares, aquí compareguts i representats pel procurador Sr. Francisco Javier Manjarín Albert i defensats pel lletrat Sr. Faust Burgos Esquerre, contra el Sr. Ricardo Rodríguez Rodríguez, incomparegut i en situació de rebel·lia processal, i contra l'esmentat Sr. José Gimeno Griño.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> El procurador Sr. Anzizu Furest, en la representació acreditada del Sr. José Gimeno Griño, mitjançant un escrit de data 12 de juliol de 1996, va formular la demanda de recurs o judici extraordinari de revisió, d'acord amb els art. 1796 i següents de la Llei d'enjudiciament civil, respecte de la sentència ferma dictada pel Jutjat esmentat en les actuacions mencionades, en què consignava la concurrència de tots els requisits legals per a la seva admissió a tràmit i en què es referia a la legitimació activa del seu representat, ja que era part codemandada en el procés conclòs per la sentència impugnada. El recurs s'emparava en una de les causes previstes en la Llei d'enjudiciament civil per interposar-lo; així, l'art. 1796.4 de la Llei esmentada estableix que escaurà la revisió d'una sentència ferma quan aquesta hagi estat guanyada injustament en virtut de maquinació fraudulenta. Exposava que en aquest supòsit es trobaven davant una sentència ferma contra la qual no es podia interposar cap altre recurs que no fos l'extraordinari de revisió, ja que quan el seu representat va tenir coneixement de la sentència esmentada ja no era possible ni tan sols comparèixer dins de termini a l'audiència en rebel·lia, i que s'interposava el recurs dins del termini de tres mesos comptats des del dia que es va descobrir el frau; exposava els altres fets i fonaments de dret en els quals s'emparava per acabar demanant que, un cop fets els tràmits legals, es dictés una sentència en què s'admetés el recurs amb la consegüent rescissió total de la sentència impugnada i el reintegrament a aquesta part del dipòsit constituït; que s'expedís una certificació de la decisió i que es tornessin les actuacions judicials a l'òrgan jurisdiccional de procedència perquè les parts usin del seu dret segons els convingui en el judici corresponent. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Per provisió d'aquesta Sala de data 22 de juliol últim, es va tenir per presentat l'escrit amb els documents i còpies adjuntes i es va incoar aquest procediment, en el qual es va tenir per comparegut i part el procurador Sr. Antonio M. De Anzizu i Furest, en la representació que acreditava del Sr. José Gimeno Griño, es van testimoniar en les actuacions judicials el poder que acreditava la seva representació i el resguard del dipòsit constituït i es va designar ponent, a qui es van comunicar les actuacions. Per una altra provisió de 2 de setembre, es va acordar reclamar al Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tarragona els antecedents del plet, d'acord amb els altresíis de l'escrit de demanda. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Un cop rebudes les actuacions judicials reclamades, per una provisió de data 3 d'octubre últim es va acordar citar els litigants, amb lliurament de les còpies i les corresponents cèdules, perquè dins del termini de 40 dies compareguessin a sostenir el que els fos més convenient d'acord amb els seus interessos. Dins del termini de la citació va comparèixer en les actuacions judicials el procurador dels tribunals Sr. Francisco Javier Manjarín Albert, en nom i representació dels demandats en revisió senyors Jaume Gelabert Casassas i Alejandro de Buen Linares i, al seu torn, va evacuar el tràmit de contestació a la demanda, d'acord amb les al·legacions que exposava i els fonaments de dret que estimava d'aplicació, i acabava demanant que es dictés una sentència en què es confirmessin totes les parts de la sentència de data 25 de novembre de 1994, dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tarragona, i que es confirmés la interlocutòria de l'esmentat Jutjat de 29 de juny de 1996, en què es desestimava la nul·litat d'actuacions i els embargaments fets en execució de sentència, tot això, amb expressa condemna en costes a l'actor per la seva temeritat manifesta. Va transcórrer el termini de la citació i l'altre demandat en revisió Sr. Ricardo Rodríguez Rodríguez no hi va comparèixer. </s></p></div3>

Quart. Per provisió de 5 de desembre últim, com que el demandat Sr. Rodríguez Rodríguez no havia comparegut, es va tenir per preclòs el tràmit de contestació a la demanda i va ser declarat en rebel·lia. Es va disposar que aquesta provisió i les altres que es dictessin li serien notificades en estrades. Es van tenir per compareguts els altres demandats, Srs. Gelabert Casassas i de Buen Linares i, en el seu nom i representació, el procurador Sr. Manjarín Albert. Es va tenir per contestada per les persones esmentades la demanda de procés de revisió i per fetes les manifestacions contingudes als altresí, es va rebre el plet a prova pel termini de vint dies comú a les parts per proposar i practicar la prova i, en el termini establert, es van dur a terme les que s'havien proposat i s'havien admès, amb el resultat que consta a les actuacions.

Cinquè. Un cop transcorregut el termini de proves, es va dictar una provisió el 3 de gener passat en què s'ordenava que s'adjuntessin a les actuacions les practicades, i les actuacions es van portar a la vista per a sentència, amb citació de les parts. La celebració de vista pública es va sol·licitar dins el termini, de manera que, mitjançant una provisió de 27 de gener es va acordar, d'acord amb l'art. 1802 de la Llei d'enjudiciament civil, escoltar el Ministeri Fiscal sobre si esqueia o no l'admissió del recurs, tràmit que va evacuar oportunament. La vista va tenir lloc el dia i a l'hora que havien estat assenyalats amb l'assistència dels procuradors i lletrats de les parts, que van informar recolzant les seves respectives pretensions.

Hi ha actuat com a ponent l'Il·lm. Sr. Luis M. Díaz Valcárcel.

RAONAMENTS JURÍDICS

Primer. El recurs de revisió interposat pel Sr. José Gimeno Griño contra la sentència ferma, dictada en el procés de cognició pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tarragona en data 25 de novembre de 1994, es fonamenta en la causa quarta de l'art. 1796 de la Llei d'enjudiciament civil, concretament, que la sentència ferma ha estat guanyada injustament, en virtut de maquinació fraudulenta. El recurrent al·lega que, en el judici de cognició precedent, la citació a termini i les restants citacions es van fer en un domicili que no era el seu i que per això no va tenir coneixement del procés fins un any i mig després que s'hagués dictat sentència i hagués esdevingut ferma. Prescindint de les profuses al·legacions fetes per ambdues parts, i que no atenyen a aquest recurs extraordinari, la qüestió bàsica sotmesa a aquesta Sala és la d'indagar si la conducta dels senyors Gelabert i de Buen, actors en el litigi principal, ha de ser qualificada com a fraudulenta i si, com a conseqüència d'això, es va guanyar injustament la sentència, la revisió de la qual es pretén.

Segon. El procés de cognició seguit davant el Jutjat de Tarragona s'inicia amb una demanda subscripta pels arquitectes senyors Gelabert i de Buen, que reclamen una mica més de mig milió de pessetes en concepte d'honoraris professionals als senyors Gimeno i Rodríguez. El document bàsic, no discutit, és el full d'encàrrec subscript pels arquitectes demandants i pels demandats en concepte de clients, en el qual consta com a residència dels qui fan l'encàrrec el carrer Sanjuanistas núm. 33 de Barcelona (foli 6 del procediment de cognició). El senyor Gimeno pretén que no té ni ha tingut mai el seu domicili en l'adreça esmentada -la qual cosa és certa- i que als pocs mesos de firmar el full d'encàrrec "es va apartar de l'esmentada promoció", i qui ho va comunicar així als Srs. Gelabert i de Buen, i que des d'aleshores no ha tingut cap relació amb l'obra; al·legació que no ha estat demostrada. El fet cert és que els arquitectes reclamen la seva minuta a aquells qui subscriuen el full d'encàrrec i assenyalen l'únic domicili que hi figura, que resulta ser el del codemandant senyor Rodríguez. No consta que s'hagi produït cap novació al contracte per haver-se'n apartat el senyor Gimeno i, menys encara, que tal hipotètica novació fos coneguda i consentida pels creditors.

Tercer. El concepte de maquinació fraudulenta, tal com el formula la jurisprudència que glossa el núm. 4 de l'art. 1796 de la Llei d'enjudiciament civil, s'associa a una manera de fer dolosa que demostra ànim de danyar, de provocar indefensió, mitjançant astúcia, artificis, ardis, argúcies, maniobres, paranyes que reflecteixen malícia (Sentència de 19 de febrer de 1990). A més del procedir maliciós -maquinació-, cal que hi hagi un nexa causal entre la conducta fraudulenta i la resolució judicial desfavorable per al demandant en revisió. Passant del general al particular, la Sentència de 3 de juliol de 1992 aprecia que és correcta la citació de la demandada, actual recurrent en revisió, per al judici de menor quantia instat pel comprador, en el domicili que ella mateixa havia designat espontàniament al document privat en el qual es va convenir la compravenda. Molt recentment, la Sentència de 4 de novembre de 1996 estima correcta la citació a termini al domicili que figura al contracte, sense que sigui exigible "una activitat policíaca d'indagació i perquisicions, que ultrapassa una simple diligència de resultats positius segurs i amb suficient intensitat per desposseir de tot el seu valor el domicili del contracte, on es va practicar la citació judicial."

En el cas que ens ocupa, la correcció amb què van actuar els actors, demandats aquí, és patent. Dirigeixen la demanda al domicili lliurement designat pels seus clients, en el qual, a més, resideix un d'ells. Si fos cert que l'altre -aquí actor- no va arribar a assabentar-se de la sentència del litigi, la causa no s'ha de buscar en l'actuació dels demandants, en la qual no es detecta cap tipus d'astúcia o artificio. </s></p>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> L'art. 1809 de la Llei d'enjudiciament criminal disposa que quan el recurs de revisió es declari improcedent es condemnarà al pagament de totes les costes del judici i a la pèrdua del dipòsit a qui l'hagi promogut. </s></p>

<div3><p><s> Vistos l'article esmentat i els que són aplicables legalment. </s></p></div3>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que desestimem el recurs de revisió formulat per la representació processal del Sr. José Gimeno Griño pel qual es pretenia la rescissió de la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tarragona el 25 de novembre de 1994, en les actuacions núm. 230/1994; amb expressa imposició de les costes causades i a la pèrdua del dipòsit constituït. Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs. Així ho acorda la sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">José Gimeno Griño / Jaime Gelabert Casassas y otro</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Texto original </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas: concepto de maquinaciones fraudulentas.- Citación de los demandados en el domicilio elegido por los mismos: efectos.** </head>

VISTO por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente proceso civil de recurso extraordinario de revisión interpuesto por D. José Gimeno Griño, representado por el Procurador D. Antonio M^o. Anzizu Furest y defendido por el Letrado D. Jordi Cortada Pasola, respecto de la sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Tarragona en autos de juicio de cognición, sobre reclamación de cantidad, seguidos por D. Jaume Gelabert Casassas y D. Alejandro de Buen Linares, aquí comparecidos y representados por el Procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert i defendidos por el Letrado D. Fausto Burgos Izquierdo y contra D. Ricardo Rodríguez Rodríguez, incomparecido y en situación de rebeldía procesal y contra el referido D. José Gimeno Griño.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Procurador Sr. Anzizu Furest, en la representación acreditada de D. José Gimeno Griño, mediante escrito de fecha 12 de Julio de 1.996, formuló la demanda de recurso o juicio extraordinario de revisión, con arreglo a los arts. 1796 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de la sentencia firme dictada por dicho Juzgado en los autos referidos, consignando la concurrencia de todos los requisitos legales para su admisión a trámite, refiriéndose a la legitimación activa de su representado por ser parte co-demandada en el proceso concluido por la sentencia impugnada; el recurso se amparaba en una de las causas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para interponerlo; así, el art. 1796,4 de la citada Ley que establece que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme cuando la misma se hubiera ganado injustamente en virtud de maquinación fraudulenta; que en el presente supuesto se hallaban frente a una sentencia firme contra la que no cabe otro recurso que no fuera el extraordinario de revisión, pues cuando su mandante tuvo conocimiento de la citada sentencia ya no era posible ni siquiera acudir dentro de plazo a la audiencia en rebeldía; y que se interponía el recurso dentro del plazo de tres meses contados desde el día en que se descubrió el fraude; exponía los demás hechos y fundamentos de derecho en que se amparaba para terminar suplicando que previos los trámites legales se dictara sentencia dando lugar al recurso con la consiguiente rescisión total de la sentencia impugnada y reintegro a esta parte del depósito constituido, expidiéndose certificación del fallo y devolviendo los autos al órgano jurisdiccional de procedencia para que las partes usen de su derecho según les convenga en el juicio correspondiente. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Por providencia de esta Sala de fecha 22 de Julio último, se tuvo por presentado el escrito con los documentos y copias acompañados, incoándose el presente procedimiento en el que se tuvo por comparecido y parte al Procurador D. Antonio M^o. De Anzizu y Furest en la representación que acreditaba de D. José Gimeno Griño, testimoniándose en autos el poder que acreditaba su representación y el resguardo del depósito constituido, designándose Ponente y pasando al mismo las actuaciones. Por otra providencia de 2 de Septiembre se acordó reclamar del Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Tarragona los antecedentes del pleito, proveyéndose a los otrosíes del escrito de demanda. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Que recibidos los autos reclamados, por providencia de fecha 3 de Octubre último se acordó emplazar a los litigantes en el mismo, con entrega de copias y correspondientes cédulas para que dentro del término de cuarenta días comparecieran a sostener lo que conviniera a su derecho. Dentro del término del emplazamiento compareció en autos el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Manjarín Albert, personándose en los mismos en nombre y representación de los demandados en revisión D. Jaume Gelabert Casassas y D. Alejandro de Buen Linares, y evacuando a su vez el trámite de contestación a la demanda en base a las alegaciones que exponía y en los fundamentos de derechos que estimaba de aplicación para terminar suplicando que se dictara sentencia confirmando en todas sus partes la de fecha 25 de Noviembre de 1994, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Tarragona, así como el Auto de dicho Juzgado de 29 de Junio de 1.996 por el que se desestimaba la nulidad de actuaciones y los embargos practicados en ejecución de sentencia, todo ello, con expresa condena en costas al actor por su manifiesta temeridad. Habiendo transcurrido el término del emplazamiento sin que compareciera el otro demandado en revisión D. Ricardo Rodríguez Rodríguez. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Por Providencia de 5 de Diciembre último, al no haber comparecido el demandado Sr. Rodríguez Rodríguez, se tuvo por precluido respecto del mismo el trámite de contestación a la demanda y se le declaró en rebeldía, disponiendo notificarle en Estrados esta Providencia y las demás que recayeran. Se tuvo por comparecido a los otros demandados Sres. Gelabert Casassas y de Buen Linares, y en su nombre y representación al Procurador Sr. Manjarín Albert y por contestada por los mismos la demanda de proceso de revisión y por hechas las manifestaciones contenidas en los otrosíes, recibíendose el pleito a prueba por el término de veinte días común a las partes para proponer y practicar, dentro de los cuales se llevaron a efecto las propuestas y admitidas, todo ello con el resultado que es de ver en los autos. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>Transcurrido el término de pruebas se dictó providencia el 3 de Enero pasado mandando unir a los autos las practicadas y trayéndolos a la vista para sentencia, con citación de las partes; solicitada dentro de plazo la celebración de vista pública, así se acordó mediante providencia de 27 de Enero en la que se dispuso, conforme al art. 1802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, oír al Ministerio Fiscal acerca de si había o no lugar a la admisión del recurso, trámite que evacuó oportunamente. La vista tuvo lugar el día y hora al efecto señalados con la asistencia de los Procuradores y Letrados de las partes quienes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Luis M^a. Díaz Valcárcel. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FUNDAMENTOS JURÍDICOS</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El recurso de revisión interpuesto por D. José Gimeno Griño contra la sentencia firme dictada en proceso de cognición por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tarragona en fecha 25 de Noviembre de 1994, se fundamenta en la causa cuarta del art. 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente, que la sentencia firme ha sido ganada injustamente en virtud de maquinación fraudulenta. El recurrente alega que en el precedente juicio de cognición el emplazamiento y las restantes citaciones se hicieron en un domicilio que no era el suyo y que por ello no tuvo conocimiento del proceso hasta un año y medio después de que hubiera recaído sentencia, devenida firme. Prescindiendo de profusas alegaciones vertidas por ambas partes y que no son atinentes al presente recurso extraordinario, la cuestión básica sometida a esta Sala es la de averiguar si la conducta de los señores Gelabert y de Buen, actores en el litigio principal, debe ser calificada como fraudulenta y si, a consecuencia de ella, se ganó injustamente la sentencia cuya revisión se pretende. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>El proceso de cognición seguido ante el Juzgado de Tarragona se inicia con una demanda suscrita por los arquitectos señores Gelabert y de Buen que reclaman algo más de medio millón de pesetas en concepto de honorarios profesionales a los señores Gimeno y Rodríguez. El documento básico no discutido es la hoja de encargo suscrita por los arquitectos demandantes y por los demandados en concepto de clientes, en la cual consta como residencia de quienes hacen el encargo la calle Sanjuanistas nº 33 de Barcelona (folio 6 del procedimiento de cognición). El señor Gimeno pretende que no tiene ni ha tenido nunca su domicilio en las referidas señas -lo cual es cierto- y que a los pocos meses de firmar la hoja de encargo “se apartó de dicha promoción”, comunicándoselo así a los Sres. Gelabert y de Buen, no habiendo tenido desde entonces ninguna relación con la obra; alegación que no ha sido demostrada. El hecho cierto es que los arquitectos reclaman su minuta a quienes suscriben la hoja de encargo y señalan al único domicilio que figura en la misma, que resulta ser el del codemandado señor Rodríguez. No consta que se haya producido ninguna novación en el contrato por haberse apartado del mismo el señor Gimeno y, menos aún, que tal hipotética novación fuera conocida y consentida por los acreedores. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El concepto de maquinación fraudulenta, tal como lo formula la jurisprudencia que glosa el nº 4 del art. 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asocia a un proceder doloso que demuestra ánimo de dañar, de provocar indefensión, mediante astucia, artificios, ardides, argucias, maniobras, asechanzas que reflejan malicia (sentencia de 19 de febrero de 1990). Además del proceder malicioso -maquinación- es preciso que exista un nexo causal entre la conducta fraudulenta y la resolución judicial desfavorable para el demandante en revisión. Pasando de lo general a lo particular, la sentencia de 3 de julio de 1992 aprecia que es correcta la citación de la demandada, actual recurrente en revisión, para el juicio de menor cuantía promovido por el comprador en el domicilio que ella misma designó espontáneamente en el documento privado en que se convino la compraventa. Muy recientemente, la sentencia de 4 de noviembre de 1996, estima correcto el emplazamiento en el domicilio que figura en el contrato, sin que sea exigible “una actividad policíaca de indagación y pesquisas que excede en mucho a una simple diligencia de resultados positivos seguros y con suficiente intensidad para despojar de todo su valor al domicilio del contrato, donde se practicó el emplazamiento judicial”.

En el caso que nos ocupa, la corrección con que actuaron los actores, aquí demandados, es patente. Dirigen la demanda al domicilio libremente designado por sus clientes en el que, además, reside uno de ellos. Si fuera cierto que el otro -aquí actor- no llegó a enterarse de la sentencia de la litis la causa no hay que buscarla en la actuación de los demandantes en la que no se detecta ningún tipo de astucia o artificio. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>El art. 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que cuando el recurso de revisión se declare improcedente, se condenará en todas las costas del juicio y en la pérdida del depósito el que lo hubiese promovido. </s></p></div3>

<div3><p><s>Vistas las disposiciones legales citadas y demás de pertinente aplicación. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Desestimando el recurso de revisión formulado por la representación procesal de D. José Gimeno Griño por el que se pretendía la rescisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tarragona el 25 de noviembre de 1994, en autos nº 230/1994; con expresa imposición de las costas causadas y pérdida del depósito constituido. Contra esta resolución no se dará recurso alguno.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 6 DE MARÇ DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Maria Cabilla i Sánchez / Josepa Sánchez i López</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Rescissió per lesió: no és rescindible el *negotium mixtum cum donazione*.- Donació dissimulada en forma de compravenda: eficàcia.- Prova de presumpcions: impugnació del seu resultat en cassació.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que figuren al marge, el recurs de cassació interposat contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Barcelona, com a conseqüència de les actuacions de judici declaratiu de menor quantia núm. 1179/91 a instància del Sr. Antonio Cabilla Sánchez, representat pel procurador Sr. Alfonso Martínez Campos i defensat pel lletrat Sr. Jorge Fernández Gimeno, contra la Sra. Maria Cabilla Sánchez, representada pel procurador Octavio Pesqueira Roca, i defensada pel lletrat Sr. Alexandre Calvo Borrego.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Al Jutjat de Primera Instància núm. 13 de Barcelona van ser vistes actuacions de judici declaratiu de menor quantia a instància de la Sra. Maria Cabilla Sánchez contra el Sr. Antonio Cabilla Sánchez i la Sra. Josefa Sánchez López. En la demanda se sol·licitava, després d'al·legar els fets i fonaments de dret que va estimar convenients, que es dictés sentència per la qual, estimant íntegrament la demanda, es condemnés els codemandats a atorgar escriptura pública que deixi sense cap efecte ni valor l'escriptura de donació que van atorgar el dia 30.10.91 per haver-se fet en frau de llei i els altres documents que siguin necessaris, perquè quedi sense cap efecte ni valor la inscripció registral 5a que va causar el document esmentat (referit al pis segon tercera de l'av. de Gaudí, núm. 30 de Barcelona, inscrit al tom i llibre 78, foli 23 tomat, finca 29.532, del Registre de la Propietat núm. 5 de Barcelona) i totes les altres que puguin derivar d'aquesta, i tot això a les seves exclusives expenses, amb l'avertiment que, si no ho fan en el termini que es fixi, ho farà el Jutjat i a costa seva, amb imposició de totes les costes que es advertin i que s'originin a la part actora a fixar en execució de sentència, per tal que pogués ser inscrita l'escriptura de compravenda de la Sra. Maria Cabilla Sánchez de data 6.9.90 com a únic document eficaç. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Admesa la demanda, es va disposar la citació a termini de la part demandada a fi que comparegués en temps i forma, la qual cosa va verificar oportunament, formulant alhora reconvençió. En aquesta suplicava que es dictés sentència que declarés la nul·litat del contracte de data 6 de setembre de 1990, celebrat entre la Sra. María Cabilla Sánchez i la Sra. Josefa Sánchez López, i subsidiàriament l'acció de rescissió per lesió ultradimidium, per haver sofert lesió en més de la meitat del preu just, i que declarés expressament nul·la de ple dret la compravenda esmentada, amb imposició de totes les costes causades i les que per aquest procediment es causessin en un futur a la demandant Sra. María Cabilla Sánchez per la seva manifesta temeritat i mala fe. Seguit el judici pels seus tràmits legals, el Jutjat indicat, amb data 5 de juliol de 1995, va dictar sentència la part dispositiva de la qual és com segueix: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por Dª Maria Cabilla Sánchez, contra Dª Josefa Sanchez López y D. Antonio Cabilla Sánchez, debo declarar y declaro haber lugar a la misma, y en consecuencia debo condenar y condeno al demandado D. Antonio Cabilla Sánchez a otorgar escritura pública por la que se deje sin efecto ni valor alguno la escritura de donación otorgada el día 30 de Enero de 1991 respecto a la vivienda sita en Avenida Gaudí, número 30 de Barcelona, inscrita al Tomo y Libro 758, folio 23 vuelto, finca 29.351, del Registro de la Propiedad nº 5 de Barcelona, y todas las demás que de la misma puedan traer causa, y todo ello a exclusivas expensas de la parte demandada, con la advertencia que si no lo hiciere dentro de plazo, se hará por el Juzgado y a su costa. Con expresa imposición de las costas causadas al demandado. Asimismo debo desestimar y desestimo la reconvencción formulada por la parte demandada, nulidad de la compraventa entre la actora y la codemandada Dª Josefa Sánchez López respecto al piso objeto litigioso, del 6-6-90, así como la rescisión por lesión formulada, absolviendo a la demandada, e imponiendo las costas causadas al demandado-actor reconvenccional". </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Contra la sentència indicada la part demandada va interposar recurs d'apel·lació i, admès en ambdós efectes, i substanciant-se l'alçada, la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Barcelona, va dictar sentència amb data 16-9-96, la part dispositiva de la qual és del tenor literal següent: "Fallo: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Martínez en nombre y representación de D. Antonio Cabilla Sanchez contra la sentencia de 5 de julio de 1995 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona debemos confirmar y confirmamos dicha resolución aclarando no obstante que declarada la nulidad de la escritura de donación de 30 de enero de 1991 podrá instar la actora la cancelación de la inscripción registral en ejecución de sentencia y con imposición de las costas procesales del recurso al apelante". </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** - </hi> El procurador Sr. Alfonso Martínez Campos, en nom i representació del Sr. Antonio Cabilla Sánchez, va formalitzar recurs de cassació per infracció de normes de dret civil comú i dret civil de Catalunya, que basava en els motius següents:

1r. A l'empara del número 4 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció derivada de la inaplicació dels articles 1.249 i 1.253 del Codi civil

2n. A l'empara del número 4 de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per no aplicació de l'article 1.276 del Codi civil.

3r. A l'empara del número 4t. de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil ja que la sentència rebatuda, en el seu fonament de dret tercer incideix en error de dret en declarar que l'acció acumulada no pot progressar en venir fixat el preu pericial (foli 269) per raó de la plena propietat de l'immoble i no de la nua propietat, que és el que s'alienava, per la qual cosa no és possible la comparació.

4t. A l'empara del número 4t. de la Llei d'enjudiciament civil, per aplicació incorrecta de la jurisprudència que l'expressió d'una causa falsa en els contractes pot donar validesa a un altre negoci jurídic que les parts hagin pogut celebrar amb el primer.

Per provisió de data 21-11-96, es va tenir per interposat el recurs de cassació i es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal a les finalitats de l'art. 1.709 de la Llei d'enjudiciament civil, el qual, mitjançant escrit de data 9-12-96, va sol·licitar l'admissió a tràmit del recurs de cassació. Per resolució de data 16-12-96 es va admetre a tràmit el recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Alfonso Martínez Campos, en la representació acreditada, i es va concedir un termini de 20 dies per què la part contrària formalitzés escrit d'impugnació, cosa que va fer en temps i forma. Per provisió de data 20-1-97, es va assenyalar la vista per al dia 20 de febrer de 1997, a les 11 hores. La vista va tenir lloc el dia i hora assenyalats, amb l'assistència dels lletrats i procurador d'ambdues parts; l'advocat de la part recurrent va sol·licitar que es cassés la sentència objecte de recurs d'acord amb la súplica de l'escrit d'interposició del recurs, i l'advocat de la part recorreguda, que es desestimés el recurs i es confirmés la sentència objecte de recurs amb expressa condemna a pagar les costes. </s></p>

</div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent l'Il·lm. Sr. Luis M. Díaz Valcárcel. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FONAMENTS JURÍDICS</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> La sentència la cassació de la qual es postula, dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 16 de setembre passat, confirma íntegrament la de data 5 de juliol de 1995 del Jutjat de Primera Instància núm. 13 d'aquesta ciutat que, al seu torn, estima la demanda interposada per la Sra. María Cabilla Sánchez contra la seva mare Josefa i el seu germà Antonio i declara la nul·litat de l'escriptura de donació d'una finca situada a l'avinguda de Gaudí de Barcelona, atorgada el 30 de gener de 1991 per la mare a favor del fill. Així mateix, la sentència desestima la pretensió reconvençional que sol·licitava la nul·litat del contracte de compravenda sobre la mateixa finca, subscrit davant notari per la mare com a venedora i la filla com a compradora el dia 6 de juny de 1990. Els quatre motius de cassació s'articulen a l'empara del núm. 4 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil i denuncien la inaplicació indeguda de diversos textos legals, entre ells, de l'art. 321.2 de la Compilació del dret civil de Catalunya, el que determina la competència d'aquest Tribunal Superior. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> En el primer motiu de cassació llegim textualment: "error de dret en l'apreciació de la prova per infracció derivada de la inaplicació dels articles 1.249 i 1.253 del Codi civil quan disposa que <les presumpcions no són admissibles sinó quan el fet de què han de deduir-se estigui completament acreditat>. L'error de dret ha estat comès per la sentència que es recorre en afirmar com a provada l'existència de la compravenda quan en realitat no ha estat així". S'adverteix amb claredat que el recurrent, sota pretext d'una suposada infracció de normes de l'ordenament jurídic, pretén revisar el resultat probatori assolit pels tribunals d'instància. Certament, la jurisprudència admet un cert control de la prova de presumpcions, especialment quan el resultat obtingut pel tribunal sigui absurd, il·lògic o inversemblant, arribant a conclusions renyades amb la recta raó. (sentències del Tribunal Suprem d'11 de febrer de 1984 i de 9 de gener de 1985). Tanmateix, segons reiterada doctrina, la presumpció és mitjà supletori de prova, a falta de prova directa que, per la seva especial naturalesa (deducció personal del jutge), és difícil que en pugui ser exigida a aquest l'aplicació, sent excepcional que pugui impugnar-se en cassació haver-se'n omès la utilització pel jutge (sentències de 21 d'octubre i 9 de desembre de 1982 i de 26 de juny de 1984). La resolució de l'Audiència és clara sobre això: ha de ratificar-se la validesa de l'escriptura pública de compravenda de 6 de setembre de 1990, per no existir cap prova directa de simulació i, quant a les indicatòries, "no s'acrediten suficients fets bàsics dels quals càpiga deduir racionalment la conclusió lògica segons els criteris del raonar humà que exigeix l'art. 1.253 del Codi civil". Resulta patent que els jutges d'instància, apreciant raonadament la prova practicada, han arribat a unes conclusions fàctiques que de cap manera poden qualificar-se d'absurdes o il·lògiques i que són inatacables en cassació. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El segon motiu de cassació denuncia la no aplicació, suposadament indeguda, de l'art. 1.276 del Codi civil, que disposa: l'expressió d'una causa falsa als contractes donarà lloc a la nul·litat, si no es prova que estan fundats en una altra de vertadera i lícita. Com ha tingut ocasió de dir aquest Tribunal Superior en diverses sentències -entre elles la de 8 de juny de 1992 i la de 4 de juliol de 1990-, la concurrència en un negoci jurídic onerós d'un component de liberalitat és una qüestió de fet (entre d'altres, sentència del Tribunal Suprem del 13 de març de 1982) que, en principi, és irrecorrible en cassació llevat del fet que resulti infracció de les normes processals que regulen el mecanisme de la deducció indiciària o prova de deduccions. La sentència objecte de recurs sosté que l'alienació de la nua propietat d'un pis, amb reserva d'usdefruit, realitzada per la mare a favor de la filla, aquí recorreguda, no va ser un contracte absolutament simulat, sinó que la venedora va actuar "amb ànim de liberalitat o, en el seu cas, atenent no només al valor de la finca sinó a les relacions afectives amb la filla". És a dir, el Tribunal estima provat que el contracte objecte d'impugnació va ser onerós encara que amb un component de liberalitat. Però, encara suposant que la compravenda dissimulés la donació de la nua propietat, tampoc estariem en presència d'un negoci sense causa, sinó amb causa gratuïta i que, contràriament al que s'ha afirmat pel recurrent, reuneix els requisits formals exigits per l'art. 633 del Codi civil. Com té dit aquest Tribunal en sentència de 16 de juliol de 1992, i reiterat en la de 15 de desembre de 1994, l'existència de l'ànim de liberalitat implica que ha d'estimar-se vàlida la donació encoberta que documenta l'escriptura pública de compravenda, segons resulta de la posició que ha mantingut el Tribunal Suprem en sentències de 23 de setembre de 1989 i 22 de gener de 1991. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> El tercer motiu del recurs, sempre a l'empara del número 4 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, impugna la sentència quan rebutja l'acció acumulada que pretenia la rescissió per lesió ultra dimidium de l'esmentada compravenda de la nua propietat del pis de l'avinguda de Gaudí. La desestimació del motiu obeeix a una doble argumentació. En primer lloc, la valoració de la finca la rescissió de la qual es pretén a l'empara de l'art. 321 de la Compilació del dret civil de Catalunya és matèria de fet i, com a tal, sostreta al control del recurs de cassació. Però, a més, com hem vist, la compravenda realitzada entre mare i filla no és estrictament onerosa, sinó un negotium mixtum cum donatione. Aquest tribunal té declarat, d'acord amb el paràgraf segon de l'art. 321 de la Compilació, que exclou l'acció rescissòria als contractes el preu dels quals o contraprestació hagi estat decisivament determinant pel desig de liberalitat de l'alienant sentència de 4 de juliol de 1990, reiterada per les de 12 de novembre de 1991 i 8 de juny de 1992- que si ens trobem davant un contracte estructuralment onerós, però que afegeix a la causa típica un component de liberalitat a l'alienant, aquest explica el desequilibri entre el valor en venda -preu just per a l'art. 321.1 de la Compilació- i el realment percebut. Això sense entrar en la controvèrsia de si els negocis mixta cum donatione tenen una sola causa, l'anomenada causa mixta, o es tracta d'un únic negoci amb dues causes, una gratuïta i una altra onerosa, com sembla sostenir la sentència del Tribunal Suprem de 27 de febrer de 1951. En la primera hipòtesi no és possible la rescissió per lesió enorme ja que no som davant un contracte onerós sinó davant un contracte amb causa mixta. Si acceptem el segon terme del dilema tampoc no hi haurà la rescissió pel que es disposa a l'art. 321.2 esmentat abans. En rigor no és procedent parlar de "lesió" quan la diferència entre el preu pagat i el valor en venda no és injustificada, sinó que és coneguda i volguda per l'alienant i, per tant, dotada de causa. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** </hi> El quart i últim motiu del recurs denuncia infracció de la doctrina jurisprudencial "referida al fet que l'expressió d'una causa falsa als contractes pot donar validesa a un altre negoci jurídic que les parts hagin pogut realitzar amb el primer". La desestimació del motiu sorgeix del que ja s'ha argumentat. Els Tribunals d'instància arriben a la conclusió -lògica i raonable d'acord amb la prova disponible- que en el negoci jurídic, instrumentat com a compravenda, en el qual la mare es reserva l'usdefruit i cedeix a la filla la nua propietat d'un pis, hi ha enmig un component més o menys ampli de liberalitat (donació o negoci mixt). Contràriament al que afirma el recurrent, la sentència d'aquesta Sala de 4 de juliol de 1990, esmentada supra, no diu que el component de liberalitat hagi de constar expressament al contracte. Ans al contrari, al seu fonament de dret tercer afirma que la sentència objecte de recurs estima demostrat, mitjançant prova de presumpcions, que el negoci jurídic de les actuacions juxtaposa a una causa onerosa una altra de gratuïta. I, d'acord amb la doctrina jurisprudencial segons la qual la concurrència de l'ànim de liberalitat és una qüestió de fet, conclou que no es pot discutir en cassació les apreciacions fàctiques de la sentència objecte de recurs obtingudes, com queda dit, mitjançant prova de presumpcions. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** </hi> De conformitat amb el que es disposa a l'últim paràgraf de l'art. 1.715 de la Llei d'enjudiciament civil, si no s'estima procedent cap motiu, la sentència declararà que no és procedent el recurs, amb imposició de les costes al recurrent i la pèrdua del dipòsit constituït. </s></p></div3>

<div3><p><s>Vistes les disposicions legals esmentades i d'altres d'aplicació pertinent, en nom del rei i per l'autoritat conferida pel poble espanyol. </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Desestimant íntegrament el recurs de cassació interposat pel Sr. Antonio Cabilla Sánchez contra la sentència dictada el dia 16 de setembre de 1996 per la Secció 1a de l'Audiència de Barcelona (recurs d'apel·lació 1.454/95), condemnem el recurrent al pagament de les costes d'aquest recurs i a la pèrdua del dipòsit constituït. Dins del termini dels cinc dies següents al de la notificació, s'ha de trametre les actuacions a l'Audiència perquè segueixin el curs legal. Així per aquesta nostra sentència, ho pronunciem, ho manem i ho signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Maria Cabilla Sánchez / Josefa Sánchez López</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Texto original</head>

<head type=sub rend="bo">**Rescisión por lesión: no es rescindible el *negotium mixtum com donatone*- Donación disimulada en forma de compraventa: eficacia.- Prueba de presunciones: impugnación de su resultado en casación.**</head>

VISTO por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados del margen, el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 1179/91 a instancia de D. ANTONIO CABILLA SANCHEZ representado por el Procurador D. ALFONSO MARTINEZ CAMPOS y defendido por el Letrado D. JORGE FERNÁNDEZ GIMENO, contra Dª MARIA CABILLA SANCHEZ representada por el Procurador D. OCTAVIO PESQUEIRA ROCA, y defendida por el Letrado D. ALEXANDRE CALVO BORREGO.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona fueron vistos autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía a instancia de Dª MARIA CABILLA SANCHEZ contra D. ANTONIO CABILLA SANCHEZ y Dª JOSEFA SANCHEZ LOPEZ en la que solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos que se dictara Sentencia por la que con estimación íntegra de la demanda se condenase a los codemandados a otorgar Escritura pública por la que deje sin efecto ni valor alguno la Escritura de Donación que otorgaron el día 30.10.91 por haber hecho en fraude de ley y los demás documentos que sean precisos para que quede sin efecto ni valor alguno la Inscripción registral 5ª que causó dicho documento (referido al piso segundo tercera Avda. Gaudí nº 30 de Barcelona, inscrita al Tomo y al Libro 78, folio 23 vuelto, Finca 29.532, del Registro de la Propiedad nº 5 de Barcelona) y todas las demás que de la misma puedan traer causa, y todo ello a sus exclusivas expensas, con la advertencia de que ni no lo hicieren en el plazo que se fije, lo haría el Juzgado y a sus costas, con imposición de todas las costas que se causaren, y que se originasen a la parte actora a fijar en ejecución de Sentencia, al objeto de que pudiese ser inscrita la Escritura de compraventa de Dª MARIA CABILLA SANCHEZ de fecha 6.9.90 único documento eficaz. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Admitida la demanda se dispuso el emplazamiento de la parte demandada a fin de que compareciera en tiempo y forma, lo que verificó oportunamente, formulando al mismo tiempo reconvencción, en la que suplicaba se dictase sentencia declarando la nulidad del contrato de fecha seis de septiembre de 1990, celebrado entre Dª María Cabilla Sánchez y Dª Josefa Sánchez López, y subsidiariamente la acción de rescisión por lesión ultradimidium por haber sufrido lesión en más de la mitad del justo precio. Declarando expresamente nula de pleno derecho la citada compraventa, con imposición de todas las costas causadas y que por este procedimiento se causasen en un futuro a la demandante Dª María Cabilla Sánchez por su manifiesta temeridad y mala fe. Seguido el juicio por sus trámites legales, el indicado Juzgado, con fecha 5 de julio de 1995, dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: " FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Dª MARIA CABILLA SANCHEZ, contra Dª JOSEFA SANCHEZ LOPEZ y D. ANTONIO CABILLA SANCHEZ, debo declarar y declaro haber lugar a la misma, y en consecuencia debo condenar y CONDENO al demandado D. ANTONIO CABILLA SANCHEZ a otorgar escritura pública por la que se deje sin efecto ni valor alguno la escritura de donación otorgada el día 30 de Enero de 1991 respecto a la vivienda sita en Avenida Gaudí, número, 30 de Barcelona, inscrita al Tomo y Libro 758, folio 23 vuelto, finca 29.351, del Registro de la Propiedad nº 5 de Barcelona, y todas las demás que de la misma puedan traer causa, y todo ello a exclusivas expensas de la parte demandada, con la advertencia que si no lo hiciere dentro de plazo, se hará por el Juzgado y a su costa. Con expresa imposición de las costas causadas al demandado.

Asimismo debo desestimar y DESESTIMO la reconvencción formulada por la parte demandada, nulidad de la compraventa entre la actora y la codemandada Dª JOSEFA SANCHEZ LOPEZ respecto al piso objeto litigioso, del 6-6-90, así como la rescisión por lesión formulada, absolviendo a la demandada, e imponiendo las costas causadas al demandado-actor reconvenccional." </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Contra la indicada Sentencia la parte demandada interpuso recurso de apelación y admitido el mismo en ambos efectos, y sustanciándose la alzada, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 16-9-96, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Martínez en nombre y representación de D. Antonio Cabilla Sanchez contra la sentencia de 5 de julio de 1995 del Juzgado de Primera Instancia nº13 de Barcelona debemos confirmar y confirmamos dicha resolución aclarando no obstante que declarada la nulidad de la escritura de donación de 30 de enero de 1991 podrá instar la actora la cancelación de la inscripción registral en ejecución de sentencia y con imposición de las costas procesales del recurso al apelante." </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>El Procurador D. ALFONSO MARTINEZ CAMPOS, en nombre y representación de D. ANTONIO CABILLA SANCHEZ, formalizó recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil común y Derecho civil de Cataluña, que basaba en los motivos siguientes:

1º.- Al amparo del número 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción derivada de la inaplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil

2º.- Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no aplicación del artículo 1.276 del Código Civil.

3º.- Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que la Sentencia rebatida, en su fundamento de derecho tercero incide en error de derecho al declarar que la acción acumulada no puede progresar al venir fijado el precio pericial (folio 269) en razón de la plena propiedad del inmueble y no de la nula propiedad que es lo que se enajenaba por lo que no es posible la comparación.

4º.- Al amparo del número 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incorrecta aplicación de la jurisprudencia a que la expresión de una causa falsa en los contratos puede dar validez a otro negocio jurídico que las partes hayan podido celebrar con el primero.

Por providencia de fecha 21-11-96, se tuvo por interpuesto el recurso de casación y se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal a los fines del art. 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual mediante escrito de fecha 9-12-96, solicitó la admisión a trámite del recurso de casación. Por proveído de fecha 16-12-96 se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Procurador D. ALFONSO MARTINEZ CAMPOS en la representación acreditada, concediéndose un plazo de veinte días para que la parte contraria formalizara escrito de impugnación que lo efectuó en tiempo y forma. Por providencia de fecha 20-1-97 se señaló para que tuviera lugar la vista el día 20 de febrero de 1997 a las once horas, celebrándose el día y hora señalados, con la asistencia de los Letrados y Procurador de ambas partes, solicitando el abogado de la parte recurrente que se casara la sentencia recurrida de acuerdo con el súplico del escrito de interposición del recurso y el abogado de la parte recurrida que se desestimara el recurso y se confirmara la sentencia recurrida con expresa condena en costas. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Ilmo.Sr. Magistrado de esta Sala D. LUIS Mª DÍAZ VALCÁRCEL.</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>La sentencia cuya casación se postula, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona el día 16 de septiembre próximo pasado, confirma íntegramente la de fecha 5 de julio de 1995 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de esta ciudad que, a su vez, estima la demanda interpuesta por Doña Maria CABILLA SÁNCHEZ contra su madre Doña Josefa y su hermano Don Antonio y declara la nulidad de la escritura de donación de una finca sita en la Avenida Gaudí de Barcelona otorgada el 30 de enero de 1991 por la madre a favor del hijo. Asimismo, la sentencia desestima la pretensión reconvenzional que solicitaba la nulidad del contrato de compraventa sobre la misma finca celebrado ante notario por la madre como vendedora y la hija como compradora el día 6 de junio de 1990. Los cuatro motivos de casación se articulan al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil y denuncian la inaplicación indebida de diversos textos legales, entre ellos, del art. 321.2 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, lo que determina la competencia de este Tribunal Superior. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>En el primer motivo de casación leemos textualmente: “error de derecho en la apreciación de la prueba por infracción derivada de la inaplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil en cuanto dispone –las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado–. El error de derecho ha sido cometido por la sentencia que se recurre al afirmar como probada la existencia de la compraventa cuando en realidad no ha sido así.” Se advierte con claridad que el recurrente, so pretexto de una supuesta infracción de normas del ordenamiento jurídico, pretende revisar el resultado probatorio alcanzado por los Tribunales de instancia. Ciertamente, la jurisprudencia admite un cierto control de la prueba de presunciones, especialmente cuando el resultado obtenido por el Tribunal sea absurdo, ilógico o inverosímil, llegando a conclusiones reñidas con la recta razón. (Sts. del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1984 y de 9 de enero de 1985). Sin embargo, según reiterada doctrina, la presunción es medio supletorio de prueba, a falta de prueba directa, que, por su especial naturaleza (deducción personal del Juez), es difícil que pueda ser exigida a éste su aplicación, siendo excepcional que pueda impugnarse en casación haberse omitido su empleo por el Juez (Sts. de 21 de octubre y 9 de diciembre de 1982 y de 26 de junio de 1984). La resolución de la Audiencia es clara al respecto: debe ratificarse la validez de la escritura pública de compraventa de 6 de setiembre de 1990 por no existir ninguna prueba directa de simulación y en cuanto a las indiciarias “no se acreditan suficientes hechos básicos de los que quepa deducir racionalmente la conclusión lógica según los criterios del razonar humano que exige el art. 1.253 del Código civil”. Resulta patente que los juzgadores de instancia, apreciando razonadamente la prueba practicada, han llegado a unas conclusiones fácticas que en modo alguno pueden calificarse de absurdas o ilógicas y que son inatacables en casación. </s></p></div3>

<div3 n=3>

Tercero. - El segundo motivo de casación denuncia la no aplicación, supuestamente indebida, del art. 1276 del Código civil que dispone: la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probare que están fundados en otra verdadera y lícita. Como ha tenido ocasión de decir este Tribunal Superior en diversas sentencias -entre ellas la de 8 de junio de 1992 y la de 4 de julio de 1990- la concurrencia en un negocio jurídico oneroso de un componente de liberalidad es una cuestión de hecho (entre otras, sta. del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1982) que, en principio, es irrecurrible en casación salvo que resulte quebrantamiento de las normas procesales que regulan el mecanismo de la deducción indiciaria o prueba de deducciones. La sentencia recurrida sostiene que la enajenación de la nuda propiedad de un piso, con reserva de usufructo, realizada por la madre a favor de la hija, aquí recurrida, no fue un contrato absolutamente simulado, sino que la vendedora actuó “con ánimo de liberalidad o, en su caso, atendiendo no sólo al valor de la finca sino a las relaciones afectivas con la hija”. Es decir, el Tribunal estima probado que el contrato objeto de impugnación fue oneroso aunque con un componente de liberalidad. Pero aún suponiendo que la compraventa disimulara la donación de la nuda propiedad tampoco estaríamos en presencia de un negocio sin causa, sino con causa gratuita y que, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, reúne los requisitos formales exigidos por el art. 633 del Código civil. Como tiene dicho este Tribunal en Sentencia de 16 de julio de 1992 y reiterado en la de 15 de diciembre de 1994, la existencia del ánimo de liberalidad conlleva que debe estimarse válida la donación encubierta que documenta la escritura pública de compraventa, según resulta de la posición que ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de septiembre de 1989 y 22 de enero de 1991.

<div3 n=4>

Cuarto. - El tercer motivo del recurso, siempre al amparo del número 4 del art. 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil, impugna la sentencia en cuanto rechaza la acción acumulada que pretendía la rescisión por lesión ultra dimidium de la meritada compraventa de la nuda propiedad del piso de la avenida Gaudí. La desestimación del motivo obedece a una doble argumentación. En primer lugar, la valoración de la finca cuya rescisión se pretende al amparo del art. 321 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña es materia de hecho y, como tal, sustraída al control del recurso de casación. Pero, además, como hemos visto, la compraventa celebrada entre madre e hija no es estrictamente onerosa, sino un *negotium mixtum cum donatione*. Este Tribunal tiene declarado, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 321 de la Compilación que excluye la acción rescisoria en los contratos cuyo precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el deseo de liberalidad del enajenante -Sentencia de 4 de julio de 1990, reiterada por las de 12 de noviembre de 1991 y 8 de junio de 1992- que si nos hallamos ante un contrato estructuralmente oneroso pero que añade a la causa típica un componente de liberalidad en el enajenante, éste explica el desequilibrio entre el valor en venta -precio justo para el art. 321.1 de la Compilación- y el realmente percibido. Ello sin entrar en la controversia de si los *negotia mixta cum donatione* tienen una sola causa, la llamada causa mixta, o se trata de un único negocio con dos causas, una gratuita y otra onerosa, como parece sostener la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1951. En la primera hipótesis no cabe la rescisión por lesión enorme ya que no estamos ante un contrato oneroso sino ante uno con causa mixta. Si aceptamos el segundo término del dilema tampoco cabrá la rescisión por lo dispuesto en el art. 321.2 antes mencionado. En rigor no procede hablar de “lesión” cuando la diferencia entre el precio pagado y el valor en venta no es injustificada sino que es conocida y querida por el enajenante y, por tanto, dotada de causa.

<div3 n=5>

Quinto. - El cuarto y último motivo del recurso denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial “referida a que la expresión de una causa falsa en los contratos puede dar validez a otro negocio jurídico que las partes hayan podido celebrar con el primero”. La desestimación del motivo surge de lo ya argumentado. Los tribunales de instancia llegan a la conclusión -lógica y razonable a tenor de la prueba disponible- que en el negocio jurídico, instrumentado como compraventa, en el que la madre se reserva el usufructo y cede a la hija la nuda propiedad de un piso, media un componente más o menos amplio de liberalidad (donación o negocio mixto). Contrariamente a lo que afirma el recurrente la Sentencia de esta Sala de 4 de julio de 1990, citada supra, no dice que el componente de liberalidad haya de constar expresamente en el contrato. Antes al contrario, en su fundamento de derecho tercero afirma que la sentencia recurrida estima demostrado, mediante prueba de presunciones, que el negocio jurídico de autos yuxtapone a una causa onerosa otra gratuita. Y haciendo mérito de la doctrina jurisprudencial según la cual la concurrencia del ánimo de liberalidad es una cuestión de hecho, concluye que no cabe discutir en casación las apreciaciones fácticas de la sentencia recurrida obtenidas, como queda dicho, mediante prueba de presunciones.

<div3 n=6>

Sexto. - De conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del art. 1715 de la Ley de enjuiciamiento civil, si no se estimase precedente ningún motivo, la sentencia declarará no haber lugar al recurso, con imposición de las costas al recurrente y la pérdida del depósito constituido.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Desestimando íntegramente el recurso de casación interpuesto por don Antonio CABILLA SANCHEZ contra la sentencia dictada el día 16 de septiembre de 1996 por la Sección primera de la Audiencia de Barcelona (recurso de apelación 1454/95) condenamos al recurrente al pago de las costas de este recurso y a la pérdida del depósito constituido. Dentro del plazo de cinco días siguientes al de la notificación remítanse las actuaciones a la Audiencia para que sigan el curso legal.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

</div1>

<head type=sub rend="bo">Unió de fet estable: efectes.- Comunitat de béns entre persones que conviuen: prova de l'existència d'una comunitat de béns.- Enriquiment injust: requisits.- Recurs de cassació: naturalesa jurídica.- Prova de presumpcions: eficàcia de les presumpcions *hominis* i impugnació del seu resultat en el recurs de cassació.- Valoració de la prova. </head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels Magistrats que al marge s'esmenten, ha vist el present recurs extraordinari de cassació interposat per la Sra. CRISTINA FABIOLA SANS FUSTÉ, representada per el Procurador dels Tribunals Sr. Angel Joaniquet Ibarz i dirigida per el Llettrat Sr. Ramón Barrufet Olivart, contra la Sentència de la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Lleida de 6 de setembre de 1994 (Rotllo núm. 227/94) dimanant del judici ordinari de menor quantia seguit davant el Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 5 de Lleida on va recaure-hi sentència de 10 de maig de 1994 sobre acció reivindicatòria; judici promogut per l'esmentada Sra. Sans contra el Sr. JAUME GILABERT TORRUELLA el qual, com recorregut, ha estat representat davant aquest Tribunal per la Procuradora Sra. Lluïsa Lasarte Díaz, dirigida per l'advocat Sr. Sanz de Buruaga.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">ANTECEDENTS DE FET</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">Primer. </hi> En el plet abans exposat, el Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 5 de Lleida, en la data ja indicada, va dictar Sentència amb la següent part dispositiva: "VEREDICTE: Admetent com admeto la demanda interposada per la Procuradora dels Tribunals Sra. Rosa María Simó Arbós, en la representació que té acreditada, he de declarar i declaro que l'habitatge que es troba al pis núm. 10, 2ª del núm. 87 del carrer Passeig de Ronda de la ciutat de Lleida és propietat del Sr. Jaume Gilabert Torruella, i he de condemnar i condemno a la Sra. Cristina Sans Fusté a que deixi aquesta finca lliure, vàcua i expedita, en el termini legalment establert, i a disposició de l'esmentat demandant. I rebutjant com rebutjo la demanda reconvenional plantejada pel procurador dels Tribunals Sr. Jordi Daura Ramón, en la representació que té acreditada, he d'absoldre i absolc de la mateixa al Sr. Jaume Gilabert Torruella. Escau condemnar a la Sra. Cristina Sans Fusté al pagament de les costes causades en aquest procediment". </s></p>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon. </hi> La representació de la Sra. Sans va interposar contra la dita sentència recurs ordinari d'apel·lació davant la Secció 2a de l'Audiència Provincial de Lleida la qual va dictar sentència amb la següent part dispositiva: "FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la demandada principal y reconveniente, Dª Cristina-Fabiola Sans Fusté, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Lleida dictada en autos de juicio de menor cuantía nº 505/93, que confirmamos íntegramente". La anterior sentencia a instancia de la parte recurrida fue aclarada por Auto de la propia Sección de fecha 12 de Septiembre de 1994 "imponiendo a la apelante las costas de esta segunda instancia". </s></p>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">Tercer. </hi> Contra l'anterior Sentència la representació de la Sra. Sans va preparar i després interposar el present recurs de cassació que va fonamentar amb els següents motius: "1º.- Al amparo del art. 1694, ordinal 4º, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate; 2º.- Al amparo del art. 1692, nº 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas de Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate; y, 3º.- Al amparo también del propio artículo y apartado por infracción de la misma doctrina jurisprudencial". </s></p>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">Quart. </hi> No havent demanat les parts la celebració de vista, i no havent-la considerat la Sala necessària, va assenyalar-se l'audiència del dia 6 de març i hora a les 10,30 per a la deliberació i la resolució, que tingueren lloc en l'aitals dia i hora. </s></p>

<div3><p><s> VISTOS, essent Ponent el magistrat d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">RAONAMENTS JURÍDICS</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** - </hi> Pels fets i fonaments legals que exposa, la demanda inicial d'aquests actes pretén que es declari el dret exclusiu de propietat de l'agent Sr. Jaume Gilabert Torruella sobre la vivenda del pis 10è, 2a porta de l'edifici "Brasília" situat a Lleida, Passeig de Ronda núm. 87, i que la demandada Sra. Cristina Sans Fusté, sigui condemnada a deixar lliure aquest habitatge a la plena disposició de l'agent, sense cap mena d'indemnització. La Sra. Sans, per la seva banda, va formular reconvençió en la que demanava que es declarés el seu dret a l'ús exclusiu de l'esmentat habitatge per raó de l'acord de voluntats que al·legava hi havia hagut entre l'agent reconvingut i la Sra. reconvenint; acord que ella addueix que s'havia concertat el mateix moment de trencar-se la unió de fet que havien mantingut ambdós. Demanava també que es declarés que ella tenia la propietat de la meitat indivisa de l'expressat habitatge, i que si aquesta petició no era acollida, interessava en tal cas que fos declarat el seu dret a percebre una indemnització de 7.500.000 de pessetes per l'enriquiment sense causa que hauria tingut el Sr. Gilabert durant els 7 anys que havia durat la convivència. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Les sentències d'instància estimen la demanda del Sr. Gilabert i rebutgen la reconvençió de la Sra. Sans. En conseqüència declaren que l'habitatge qüestionat és de l'exclusiva propietat del primer i condemnen la segona a desallotjar-lo. La Sra. Sans interposa contra la sentència de l'Audiència el present recurs de cassació. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> La indicada sentència dóna per demostrats com fets essencials, per el que aquí importa, que: El Sr. Gilabert va comprar el discutit habitatge pel preu de 7.300.000 pessetes que va pagar: 5.000.000 de pessetes a l'acte, amb diners aconseguits d'un préstec hipotecari sobre un altre habitatge seu. Que el préstec el va cancel·lar ell. Altres 2.000.000 de pessetes va pagar-los també ell amb 4 lletres de canvi. I que la resta de 300.000 pessetes les va pagar igualment el Sr. Gilabert. Per tant la Sra. Sans no va contribuir amb res al pagament de l'habitatge discutit. L'Audiència afegeix que: no s'ha acreditat cap pacte, ni tan sols verbal, que empari el dret d'ús de la Sra. Sans sobre l'esmentat habitatge. Que els indicis que ella esgrimeix per demostrar el contrari (dos anys transcorreguts entre la separació i la formalització del requeriment notarial previ a la demanda de precari; canvi de nom dels serveis d'aigua, electricitat i telèfon i compra conjunta durant la vida en comú d'un altre habitatge), no són suficients per a justificar el conveni d'ús que la Sra. Sans addueix existent. I que si bé és veritat que el Sr. Gilabert i la Sra. Sans varen conviure durant 7 anys "more uxorio", el primer no va enriquir-se amb res com conseqüència de l'activitat desenvolupada per la Sra. Sans durant aquell període. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> El primer motiu de cassació discorre per la via processal de l'ordinal 4rt de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil i denúncia infracció, per falta d'aplicació, de l'article 1249 del Codi Civil i aplicació indeguda del 1253 del mateix Codi, considerant també conculcades "les normes jurisprudencials que estableixen els requisits de la prova indirecta, indiciària o de presumpcions" en haver-hi en les actuacions -diu el motiu- "documents i actes autèntics que acrediten l'error de fet del Jutgador quan nega l'existència d'un conveni verbal derivat de la ruptura de la convivència entre l'actor i la demandada", i quan estima "insuficients els tres indicis esgrimits i provats per a justificar l'aital conveni..."; i en el seu desenvolupament el motiu s'esforça en demostrar que els 3 "indicis" assenyalats (2 anys transcorreguts entre la separació i el requeriment prèvia la demanda de precari; canvi de nom dels subministres d'aigua, electricitat i telèfon, i compra conjunta d'un altre habitatge) proven l'existència d'un conveni verbal entre actor i demandada quan a la voluntat del primer de cedir a la segona l'ús de l'habitatge; però la sentència d'instància és eloqüent i encertada en explicar que aquests indicis no són suficients per a justificar l'aital conveni conforme els requisits de la prova indirecta que s'ha de fonamentar en dades de les quals es dedueixi racionalment el fet a demostrar sense donar lloc a cap altre tipus d'explicació, de manera que, com resa l'art. 1253 del Codi civil, entre el fet demostrat i el que es tracti de deduir hi hagi un enllaç precís i directe segons les regles del criteri humà; i en el cas, com explica l'Audiència, aquells 3 indicis no són suficients per a fonamentar la presumpció "hominis", doncs el retard en requerir pel desallotjament podia obeir a la simple benevolència o tolerància; el canvi de nom dels subministres en el període que la demandada ocupava la vivenda, pot obeir a que el Sr. Gilabert no volia pagar-los; i l'adquisició conjunta d'un altre habitatge demostra la falta de voluntat d'adquirir junts l'habitatge qüestionat; per totes quines raons l'Audiència es nega a aplicar al cas la prova indirecta o de presumpcions, i és sabut que la possibilitat d'impugnar en cassació la no utilització per el Jutgador d'instància de la prova de presumpcions és excepcional i està circumscrita al cas que del fet demostrat hagi de seguir-se necessàriament el fet deduït com conseqüència ineludible (Sentències del Tribunal Suprem de 2 de juny de 1985, 18 de juliol i 5 de novembre de 1990 i 31 de desembre de 1994, entre d'altres) el que, com acabem de veure, no succeeix en aquest cas, per la qual cosa el present motiu és improsperable; tant més quan la jurisprudència és reiterativa en proclamar que quan no s'ha utilitzat, sinó que contràriament s'ha exclòs, la prova de presumpcions -com és aquí el cas- no pot estimar-se infringit l'art. 1253 del Codi civil (Sentències del Tribunal Suprem de 21 de desembre de 1990, 18 de juny de 1991, 6 d'octubre de 1992, 2 de febrer de 1993 i 15 de maig de 1995). Per totes aquestes raons no és viable el primer motiu cassacional amb el que el recurrent vol que tomem a fer una anàlisi i valoració de tota la prova i que arribem a diferent conclusió que l'Audiència, la qual cosa -com és sabut- no és factible a cassació. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> El motiu segon, per la mateixa via processal que l'anterior, denuncia vulneració per falta d'aplicació dels arts. 392 del Codi civil, 49 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya i 21 de la Llei 8/1993, de 30 de setembre de la Generalitat de Catalunya ja que -ens diu- "la voluntat dels litigants va ser en tot moment constituir una comunitat de béns, ja que ambdós varen col·laborar amb el seu treball i esforç, al sosteniment moral, econòmic i social de la parella de fet que varen formar durant quasi 7 anys tant en aspectes personals de la relació com en els patrimonials que varen derivar de la mateixa"; i se'ns vol demostrar tot això amb un nou examen i valoració del material probatori per a contradir la conclusió extreta per la Sala d'Instància, el qual cosa -com ja hem dit- no és admissible a la cassació. Després de la anàlisi de totes les proves, l'Audiència conclou que no hi va haver en cap moment intenció de que l'habitatge fos de propietat comuna dels dos; que el va comprar i pagar sols el Sr. Gilabert amb la voluntat no pas de que fos dels dos, sinó d'ell sol; que la Sra. Sans no va contribuir a l'adquisició de la vivenda; que no consta que hi hagués una voluntat conjunta ("affectio societatis") de posar en comú tots els seus béns i drets, ni de que efectivament així ho fessin; que la Sra. Sans va tenir diversos negocis o col·locacions durant el temps de convivència comú sense aparent confusió d'interessos fins el punt que el Sr. Gilabert va ajudar econòmicament a la Sra. Sans a l'adquisició en traspàs d'un bar, però va recuperar després la quantitat prestada al cessar la Sra. Sans en el negoci. I com que l'Audiència acaba dient que no hi va haver entre ambdós comunitat de cap mena de béns, ni universal ni particular, per l'adquisició de l'habitatge respecte al que ara aquí es discuteix, és clar que la recurrent no pot pretendre que es rescindeixi una sentència per vulneració dels preceptes de la comunitat de béns si no hi ha hagut cap mena de comunitat de béns; per totes les quals raons és també desestimable el segon motiu de cassació. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> I el tercer, per idèntic camí procedimental que els altres dos, i que es formula amb caràcter subsidiari al precedent, considera infringides, per falta d'aplicació, els criteris jurisprudencials que sobre l'enriquiment injust derivat de la convivència "more uxorio" han estat fixats pel Tribunal Suprem per a pal·liar injustes situacions derivades d'unions de fet quan no els hi resulta aplicable l'art. 97 del Codi civil; però com ja reconeix la mateixa recurrent, el Tribunal Suprem té declarat que són requisits necessaris per apreciar aquest enriquiment injust, qui hi hagi hagut: a) Augment del patrimoni de l'enriquit; b) correlatiu empobriment de l'altre; i, c) Falta de causa que justifiqui l'enriquiment. I, com que la sentència d'instància declara de manera rotunda, després de l'anàlisi de les proves, que al present cas l'actor no s'ha pas enriquit com conseqüència de l'activitat desenvolupada per la Sra. Sans durant la seva vida en comú, resta patent que en no concórrer en el cas els requisits que, segons la mateixa jurisprudència que esmenta el motiu, són indispensables per a aplicar aquesta doctrina, ella no pot aplicar-se al cas, amb la qual cosa decau també el motiu tercer, i amb ell tot el recurs. És pertinent afegir que la Sentència d'instància acomoda la seva doctrina a la que ve proclamant el Tribunal Suprem en casos semblants, com pot comprovar-se a les Sentències de dit alt Tribunal, entre d'altres, de 11 de desembre de 1992, 22 de juliol de 1993 i 16 de desembre de 1996. </s></p></div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Setè.** -</hi> La desestimació de la cassació comporta les conseqüències de l'art. 1715.3 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p></div3>

<div3><p><s> Per tot l'anterior, en nom del Rei, i per l'autoritat que ens atorga la Constitució, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

Hem decidit: Desestimar el recurs de cassació a que fan referència els precedents anteriors de fet i raonaments jurídics de la present resolució. Condemnem a la recurrent al pagament de les costes d'aquest recurs i a la pèrdua del dipòsit constituït. Així ho acordem, manem i signem, davant meu, la Secretari Judicial. En dono fe. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Jaime Gilabert Torruella / Cristina Sans Fusté</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">**Unión estable de hecho: efectos.- Comunidad de bienes entre personas que conviven: prueba de la existencia de una comunidad de bienes.- Enriquecimiento injusto: requisitos.- Recurso de casación: naturaleza jurídica.- Prueba de presunciones: eficacia de las presunciones *hominis* e impugnación de su resultado en el recurso de casación.- Valoración de la prueba.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso extraordinario de casación interpuesto por D^a. CRISTINA FABIOLA SANS FUSTÉ, representada por el Procurador de los Tribunales D. Angel Joaniquet Ibarz y dirigida por el Letrado D. Ramón Barrufet Olivart, contra la Sentencia de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Lleida de 6 de septiembre de 1994 (Rollo nº 227/94) dimanante del juicio ordinario de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Lleida donde recayó Sentencia de 10 de mayo de 1994 sobre acción reivindicatoria; juicio promovido por la expresada Sra. Sans contra D. JAUME GILABERT TORRUELLA que, como recurrido, ha estado representado ante este Tribunal por la Procuradora D^a. Lluïsa Lasarte Díaz, dirigida por el Letrado Sr. Sanz de Buruaga.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>En el pleito antes expresado, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Lleida, en la fecha ya indicada, dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Admitiendo como admito la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a. Rosa María Simó Arbós, en la representación que tiene acreditada, debo declarar y declaro que la vivienda que se halla en el piso nº 10, 2^a del nº 87 de la calle Passeig de Ronda de la ciudad de Lleida es propiedad de D. Jaume Gilabert Torruella, y debo condenar y condeno a D^a. Cristina Sans Fusté a que deje esta finca libre, vacua y expedita, en el plazo legalmente establecido, y a disposición del citado demandante. Y rechazando como rechazo la demanda reconventional planteada por el Procurador de los Tribunales D. Jordi Daura Ramón, en la representación que tiene acreditada, debo absolver y absuelvo de la misma a D. Jaume Gilabert Torruella. Procediendo condenar a D^a. Cristina Sans Fusté al pago de las costas causadas en el presente procedimiento". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>La representación de la Sra. Sans interpuso contra dicha Sentencia recurso ordinario de apelación ante la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Lleida que dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la demandada principal y reconveniente, D^a. Cristina-Fabiola Sans Fusté, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Lleida dictada en autos de juicio de menor cuantía nº 505/93, que confirmamos íntegramente". La anterior sentencia, a instancia de la parte recurrida, fue aclarada por Auto de la propia Sección de fecha 12 de septiembre de 1994 "imponiendo a la apelante las costas de esta segunda instancia". </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Contra la anterior Sentencia la representación de la Sra. Sans preparó y después interpuso el presente recurso de casación fundamentado en los siguientes motivos: 1º.- Al amparo del art. 1694, ordinal 4º, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate; 2º.- Al amparo del art. 1692, nº 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate; y 3º.- Al amparo también del propio artículo y apartado por infracción de la misma doctrina jurisprudencial.</s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>No habiendo pedido las partes la celebración de vista, y no habiéndola considerado la Sala necesaria, se señaló la audiencia el 6 de marzo y hora de las 10,30, para la deliberación y la resolución, teniendo lugar el día de la fecha. </s></p></div3>

<div3><p><s>VISTOS, siendo Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Antoni Bruguera i Manté.</s></p></div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Por los hechos y fundamentos legales que expone, la demanda inicial de estos autos pretende que se declare el derecho exclusivo de propiedad del actor D. Jaume Gilabert Torruella sobre la vivienda del piso 10º, 2ª puerta del edificio "Brasilia" situado en Lleida, Passeig de Ronda nº 87, y que la demandada D^a Cristina Sans Fusté, sea condenada a dejar libre esta vivienda a la plena disposición del actor, sin ningún tipo de indemnización.

La Sra. Sans, por su parte, formuló reconvencción pidiendo que se declarase su derecho al uso exclusivo de la expresada vivienda en razón del acuerdo de voluntades que alegaba había habido entre el actor-reconvenido y la Sra. reconveniente; acuerdo que ella aducía se había concertado en el mismo momento de romperse la unión de hecho que habían mantenido ambos. Pedía también que se declarase que ella tenía la propiedad de la mitad indivisa de la expresada vivienda, y que si esta petición no era acogida, interesaba para tal caso que se declarase su derecho a percibir una indemnización de 7.500.000 pesetas por el enriquecimiento sin causa que habría tenido el Sr. Gilabert durante los 7 años que había durado la convivencia.

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Las sentencias de instancia estiman la demanda del Sr. Gilabert y rechazan la reconvencción de la Sra. Sans. En consecuencia declaran que la vivienda cuestionada es de la exclusiva propiedad del primero, condenando a la segunda a desalojarla.

La Sra. Sans interpone contra la Sentencia de la Audiencia el presente recurso de casación. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>La expresada Sentencia da por demostrados como hechos esenciales, para lo que aquí importa, que el Sr. Gilabert compró la discutida vivienda por el precio de 7.300.000 pesetas que pagó: 5.000.000 de pesetas en el acto, con dinero conseguido de un préstamo hipotecario sobre otra vivienda suya. Que el préstamo lo canceló él. Otros 2.000.000 de pesetas los pagó también él con 4 letras de cambio. Y que el resto de 300.000 pesetas las satisfizo igualmente el Sr. Gilabert. Por tanto la Sra. Sans no contribuyó en nada al pago de la vivienda cuestionada.

La Audiencia añade que : no se ha acreditado ningún acuerdo, ni siquiera verbal, que ampare el derecho de uso de la Sra. Sans sobre la expresada vivienda. Los indicios que ella esgrime para demostrar lo contrario (dos años transcurridos entre la separación y la formalización del requerimiento notarial previo a la demanda de precario; cambio de nombre de los servicios del agua, electricidad y teléfono, y compra conjunta durante la vida en común de otra vivienda), no son suficientes para justificar el convenio de uso que la Sra. Sans aduce existente. Y que si bien es verdad que el Sr. Gilabert y la Sra. Sans convivieron durante 7 años "more uxorio", el primero no se enriqueció en nada como consecuencia de la actividad desarrollada por la Sra. Sans durante aquel período.

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>El primer motivo de casación discurre por la vía procesal del ordinal 4º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia infracción, por falta de aplicación, del artículo 1249 del Código Civil y aplicación indebida del 1253 del mismo Código, considerando también conculcadas "las normas jurisprudenciales que establecen los requisitos de la prueba indirecta, indiciaria o de presunciones" al haber en las actuaciones -dice el motivo- "documentos y actos auténticos que acreditan el error de hecho del Juzgador cuando niega la existencia de un convenio verbal derivado de la ruptura de la convivencia entre el actor y la demandada" y cuando estima "insuficientes los tres indicios esgrimidos y probados para justificar dicho convenio..."; y en su desarrollo el motivo se esfuerza en demostrar que los 3 "indicios " señalados (2 años transcurridos entre la separación y el requerimiento previo a la demanda de precario; cambio de nombre de los suministros de agua, electricidad y teléfono, y compra conjunta de otra vivienda) demuestran -dice- la existencia de un convenio verbal entre actor y demandada en cuanto a la voluntad del primero de ceder a la segunda el uso de la vivienda; mas la sentencia de instancia es elocuente y acertada al explicar que estos indicios no son suficientes para justificar tal convenio conforme a los requisitos de la prueba indirecta que tiene que basarse en datos de los que se deduzca racionalmente el hecho a demostrar sin dar lugar a ningún otro tipo de explicación; de modo que, como reza el art. 1253 del Código Civil, entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; y en el caso, como explica la Audiencia, aquellos 3 indicios no son suficientes para fundamentar la presunción "hominis", pues el retraso en requerir para el desalojo podía obedecer a la simple benevolencia o tolerancia; el cambio de nombre de los suministros en el período en el que la demandada ocupó la vivienda, pudo responder a que el Sr. Gilabert no quería pagarlos; y la adquisición conjunta de otra vivienda demuestra la falta de voluntad de adquirir juntos la cuestionada; razones por las que la Audiencia se niega a aplicar al caso la prueba indirecta o de presunciones, siendo sabido que la posibilidad de impugnar en casación la no utilización por el Juzgador de instancia de la prueba de presunciones es excepcional y está circunscrita al caso de que del hecho demostrado tenga que seguirse necesariamente el hecho deducido como consecuencia ineludible (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1985, 18 de julio y 5 de noviembre de 1990 y 31 de diciembre de 1994, entre otras) lo cual, como acabamos de ver, no sucede en el caso, por lo que el presente motivo es improsperable; y tanto más cuanto que la jurisprudencia es reiterada al proclamar que cuando no se ha utilizado, sino que contrariamente se ha excluido la prueba de presunciones -como aquí ocurre- no puede estimarse infringido el art. 1253 del Código Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1990, 18 de junio de 1991, 6 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993 y 15 de mayo de 1995).

Por estas razones no es viable el primer motivo casacional en el que el recurrente pretende que volvamos a hacer un análisis y valoración de toda la prueba y que lleguemos a diferente conclusión que la Audiencia, lo cual -como es sabido- no es factible en casación.

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** -</hi>El motivo segundo, por la misma vía procesal que el anterior, denuncia vulneración por falta de aplicación de los art. 392 del Código Civil, 49 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y 21 de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre de la Generalitat de Cataluña pues -nos dice- “la voluntad de los litigantes fue en todo momento constituir una comunidad de bienes, ya que ambos colaboraron con su trabajo y esfuerzo al sostenimiento moral, económico y social de la pareja de hecho que formaron durante casi 7 años tanto en aspectos personales de la relación como en los patrimoniales derivados de la misma “; y se nos quiere demostrar esto mediante un nuevo examen y valoración del material probatorio para contradecir la conclusión extraída por la Sala de Instancia, lo cual -como ya hemos apuntado- no es admisible en casación. Tras el análisis de todas las pruebas, la Audiencia concluye que no hubo en ningún momento intención de que la vivienda fuese de propiedad común de los dos, sino de él sólo; que la Sra. Sans no contribuyó a la adquisición de la vivienda; que no consta que hubiese una voluntad conjunta (affectio societatis) de poner en común todos los bienes y derechos, ni de que efectivamente así lo hiciesen; que la Sra. Sans tuvo diferentes negocios o colocaciones durante el tiempo de convivencia común sin aparente confusión de intereses hasta el punto de que el Sr. Gilabert ayudó económicamente a la Sra. Sans en el negocio. Y como la Audiencia acaba diciendo que no hubo entre ambos comunidad de ningún tipo de bienes, ni universal ni particular, para la adquisición de la vivienda respecto de la que ahora se discute, queda claro que la recurrente no puede pretender que se rescinda una sentencia por vulneración de los preceptos de la comunidad de bienes si no ha habido ningún tipo de comunidad de bienes; por cuyas razones también es desestimable el segundo motivo de casación. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** -</hi>Y el tercero, por idéntico camino procedimental que los otros dos, y formulado con carácter subsidiario al precedente, considera infringidos, por falta de aplicación, los criterios jurisprudenciales que sobre el enriquecimiento injusto derivado de la convivencia “more uxorio” han sido establecidos por el Tribunal Supremo para paliar injustas situaciones derivadas de uniones de hecho cuando no les resulta aplicable el art. 97 del Código Civil; mas como reconoce la misma recurrente, el Tribunal Supremo tiene declarado que son requisitos necesarios para apreciar este enriquecimiento injusto, que haya habido: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del otro; y, c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento. Y como la sentencia de instancia declara rotundamente, después del análisis de las pruebas, que en el caso el actor no se ha enriquecido como consecuencia de la actividad desarrollada por la Sra. Sans durante la vida en común, queda patente que al no concurrir los requisitos que, según la misma jurisprudencia que cita el motivo, son indispensables para aplicar su doctrina, decae también el motivo tercero, y con él, todo el recurso.

Procede añadir que la Sentencia de instancia acomoda su doctrina a la que viene proclamando el Tribunal Supremo en casos parecidos, como puede comprobarse en las Sentencias del alto Tribunal, entre otras, de 11 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 16 de diciembre de 1996. </s></p></div3>

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** -</hi> La desestimación de la casación comporta las consecuencias del art. 1715,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por la Constitución, </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PARTE DISPOSITIVA**</head>

Fallamos: Desestimar el recurso de casación al que se refieren los precedentes antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos de la presente resolución. Condenamos a la recurrente al pago de las costas del presente recurso y a la pérdida del depósito constituido.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos, ante mí, la Secretario Judicial. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 13 DE MARÇ DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Lidia G. I G. / Carles C. i R</head>.

<head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Principis que informen la legislació catalana sobre filiació.- Acció d'impugnació i de reclamació de filiació no matrimonial: procedència.- Accions de filiació: legitimació passiva.- Litisconsorci passiu necessari.** </head>

Vist per la Sala del Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels Magistrats al marge indicats, el recurs de cassació interposat contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 12ª de l'Audiència Provincial de Barcelona, com a conseqüència de les actuacions judicials de judici declaratiu de menor quantitat sobre declaració de filiació paterna, el recurs del qual va ser interposat per la demandant {demanadora} Sra. Lidia G. G., representada pel Procurador dels Tribunals Sr. Antonio Mª. Anzizu Furest i defensada per la Lletrat na. Mª. José Costas Vilar, sent part recorreguda en Carlos C. R., representat pel Procurador dels Tribunals Ivo Ranera Cahis i defensat pel lletrat Fernando Bustamante i en les actuacions judicials del qual ha estat part el Ministeri Fiscal.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Davant el Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Badalona, es van tramitar actuacions judicials de judici declaratiu de menor quantitat a instància de Na. Lidia G. G., contra en Carlos C. R.

Per la part actora es va formular la demanda arrelgada a les prescripcions legals, en la qual sol·licitava, prèvia adducció dels fets i fonaments de dret que va estimar convenients, es dictés sentència per la qual es declarés pare biològic de Kevin C. M. al demandat senyor Carlos C. R., rectificanc en conseqüència l'assentament d'inscripció de filiació.

Admesa a tràmit la demanda, el demandat la va respondre al·legant com fets i fonaments de dret els que va estimar oportuns, i va acabar suplicant al Jutjat es dictés en el seu dia sentència en la que es desestimés la demanda i se li absolgués de les peticions formulades en el suplico de la mateixa.

Seguit el judici pels seus tràmits, pel Jutjat s'hi va dictar sentència amb data 30 de Juliol de 1994 la part dels quals dispositiva és com segueix: "Sentència: Que estimant l'excepció processal de litis consorci passiu necessari he de desestimar i desestimo a la instància la demanda formulada per na. Lidia G. G. i D Kevin C. M., contra en Carlos C. R., demanda de la qual es va donar trasllat al Ministeri Fiscal. S'imposen als actors les costes del judici". </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Contra la sentència esmentada es va interposar recurs d'apel·lació que va ser admès i substanciada l'alçada, la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona, va dictar sentència amb data 20 de Maig de 1996, la part dispositiva de la qual és com segueix: "Vam fallar: Que, amb desestimació del recurs d'apel·lació interposat per na. Lidia G. G. contra la sentència de data 30 de Juliol de 1994, dictada per l'Il·lm. Sr. Magistrat-Jutge del Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Badalona en actuacions judicials de menor quantitat núm. 97/92, hem de confirmar i vam confirmar/confirmem l'esmentada resolució, amb imposició a la part apel·lant de les costes d'aquesta alçada". </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El Procurador D Antonio Mª. d'Anzizu Furest en representació de na. Lidia G. G., va formalitzar recurs de cassació que funda en els següents motius: 1º. Per infracció de les normes de l'Ordenament Jurídic o la Jurisprudència que fossin aplicables per resoldre les qüestions objecte de debat, amb infracció, per inaplicació, de l'art. 1.1, 2 i 5 de la Llei 7/1991 de 27 d'Abril, de filiacions de Catalunya, i, 2º. Per infracció de la Llei i també de la doctrina jurisprudencial, sobre el valor que ha de donar-se en els processos de filiació a la negativa o obstrucció de les proves biològiques. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> Admès el recurs i evacuat el tràmit d'impugnació, es va assenyalar per a la votació el dia sis dels corrents, en els quals va tenir lloc. </s></p>

</div3>

<div3><p><s> Ha estat ponent el magistrat Excm. Sr. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> El present recurs pretén la cassació de la sentència dictada per la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona en data 20 de maig de 1996, confirmatòria de l'al seu torn dictada pel Jutjat de Primera Instància número Tres de Badalona en data 30 de juliol de 1994, ambdues recaigudes en actuacions judicials de judici declaratiu de menor quantitat seguides a instància de Lidia G. G. contra Carlos C. R. La demanda inicial instauradora de la litis conté el següent Suplico: "tingui's per... instada reclamació de filiació paterna del fill del meu representat senyor Kevin C. M. respecte del seu pare Carlos C. R... i previs els tràmits legals dicti en el seu dia Sentència per la qual se li declari pare biològic de Kevin C. M., rectificanc en conseqüència l'assentament d'inscripció de filiació al Registre Civil Central de Madrid, quedant registrat com Kevin C. M. G., sent C. el primer cognom i M. G. el segon cognom "...Es tracta, per tant, com ambdues sentències coincidentment reconeixen, d'una acumulació d'accions, legalment permesa, (article 134 del Codi civil i article 17.2 de la Llei 7/1991, de 27 d'abril, del Parlament de Catalunya sobre filiacions), una de reclamació de filiació paterna no matrimonial i una altra d'impugnació de la filiació contradictòria registralment reconeguda. Precís és ara avançar, a reserva del que després es dirà, que cap de les dues sentències entren al fons de les accions entaulades. Tant la sentència de primera instància, com la de l'Audiència que en el present recurs es combat, desestimen la demanda per la defectuosa formació de la relació juridicoprocessal, en entendre ambdues sentències que l'article 15 de l'esmentada Llei de filiacions imposa un litis consorci passiu necessari que obliga a demandar, en tot cas, a aquelles persones la paternitat del qual, maternitat o filiació estigui legalment determinada i no intervinguin en el procés en una altra qualitat, el que no ha succeït en el present plet en haver-se omès la crida del pare que figura al Registre Central, Archibald M. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> El primer dels motius de cassació es basa en la "infracció, per inaplicació de l'art. 1.1, 2 i 5 de la Llei 7/1991 del 27 d'abril, de Filiacions de Catalunya"...El segon, en la infracció de "la doctrina jurisprudencial, sobre el valor que ha de donar-se en els processos de filiació a la negativa o obstrucció de les proves biològiques"... esmentant, a continuació, les sentències del Tribunal Suprem de 14 d'octubre de 1987 i 3 de desembre de 199, la sentència del Tribunal Constitucional de 17 de gener de 1994 i les d'aquest Tribunal Superior de 22 de juliol de 1991 i 25 de gener de 1993. Ambdós motius troben la seva via processal en el numeral 4 ° de l'article 1.692 de la LEC. S'al·lega, en síntesi, pel recurrent en cassació que la Sala d'instància no ha tingut en compte el principi informador de la Llei de filiacions quant a la lliure investigació de la paternitat i maternitat mitjançant tota classe de proves, és a dir "el principi de la veracitat o adequació de la paternitat juridicoformal a la biològica", no practicant-se la prova biològica per l'obstinada negativa del demandat"; infringint-se també el principi favor filii, informador de la pròpia Llei; el contingut de l'article 5 de la Llei en la mesura que el mateix inverteix la càrrega de la prova, presumint-se la paternitat del qui va tenir relacions no matrimonials en temps hàbil per a la concepció; s'al·lega, finalment, que va quedar provat que en el període hàbil per a la concepció la Sra. G. prestava els seus serveis com a Secretària d'En Carlos C. R., sent en canvi el Sr. Archibald a Anglaterra. Respecte al segon motiu, s'entén que hi ha infracció de doctrina jurisprudencial davant les reiterades sentències que assenyalen que l'existència d'una relació sentimental provada unida a la negativa reiterada a la pràctica de les proves biològiques encaminades a la determinació de la paternitat és suficient per estimar la reclamació de paternitat sol·licitada. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> No desconeix el recurrent el contingut de les sentències dictades en primera i segona instància, ja que, a l'escrit de recurs, en el seu Antecedent IV, hi exposa textualment: "La sentència dictada en primera instància va desestimar la demanda per entendre que hi va haver una falta de litis consorci passiu necessari per la no intervenció a la litis, del pare de K., segons el Registre Civil suposant un defectuós plantejament de la relació jurídica processal." ...I en l'Antecedent V: "interposat el recurs d'apel·lació en temps i forma, va ser desestimada per la Secció Segona (sic) de l'Audiència de Barcelona a falta de litis consorci passiu necessari per com no es va demandar el qui registralment figura com a pare, la filiació del qual es qüestiona i a la qual cosa per Llei s'exigia obligació d'intervenció". Pesí, doncs, no va desconeixer que la "ratio decidendi" de les sentències al·ludides es centrava en l'existència d'un litis consorci passiu necessari, imperativament ordenat en l'article 15 de la Llei 7/1991 de filiacions de Catalunya, el recurrent s'entesta en "puentejar" dita obstacle normativa i en penetrar al fons d'una "quaestio litís" no discutida en cap de les dues instàncies, com si aquest Tribunal de Cassació tingués competència per a, en primer lloc, entrar a valorar un tema de debat que no ha estat objecte de recurs (la correcta o defectuosa formació de la relació juridicoprocessal) i, després, entrar a ponderar el resultat de la prova, com si fos Tribunal de Primera o Única Instància. Ambdós motius de cassació han de decaure, en conseqüència. Segons constant doctrina jurisprudencial (continguda, per exemple, en les Sentències de dates 26 d'octubre de 1990, 12 de desembre de 1991, 18 de febrer de 1992, 17 de novembre de 1993 i 17 d'octubre de 1994) constitueix l'objecte del recurs de cassació la sentència o part dispositiva de la sentència de segona instància i els fonaments de Dret determinants de la decisió i és palmari que tals fonaments es centren exclusivament en l'article 15 de la Llei reiteradament citada del Parlament de Catalunya i la decisió final disposa la desestimació de la demanda per defectuosa formació de la relació juridicoprocessal, cap de les qüestions del qual ha estat combatuda en el present recurs. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> De conformitat amb l'article 1.715.3 de la LEC., procedeix la imposició de les costes a la part recurrent, amb pèrdua del dipòsit constituït. </s></p></div3>

<div3><p><s> En nom del Rei i per l'autoritat conferida pel poble espanyol, vam fallar/fallem</s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

La Sala del Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, va dir: Que vam desestimar/desestimem el recurs de Cassació plantejat per la representació processal de na. Lidia G. G. contra la sentència dictada per la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona, condemnant a la part recurrent al pagament de les costes causades en aquest recurs i a la pèrdua del dipòsit constituït.

Notifiqueu-ho i publiqueu aquesta resolució d'acord amb dret, i torneu-ho, juntament amb testimoni de la mateixa, les actuacions i rotlle rebut a la Sala de la seva procedència.

Així per aquesta nostra sentència, pronunciem, enviem i firmem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Lidia G. G. / Carlos C. R. </head>
 <head type=sub rend="bo">A) *Texto original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Principios que informan la legislación catalana sobre filiación.- Acción de impugnación y de reclamación de filiación no matrimonial: procedencia.- Acciones de filiación: legitimación pasiva.- Litisconsorcio pasivo necesario.** </head>

VISTO por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre declaración de filiación paterna, cuyo recurso fue interpuesto por la demandante Dª. Lidia G. G., representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Mª. Anzizu Furest y defendida por la Letrado Dª. Mª. José Costas Vilar, siendo parte recurrida D. Carlos C. R., representado por el Procurador de los Tribunales D. Ivo Ranera Cahís y defendido por el Letrado D. Fernando Bustamante y en cuyos autos ha sido parte el Ministerio Fiscal.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Badalona, se tramitaron autos de juicio declarativo de menor cuantía a instancia de Dª. Lidia G. G., contra D. Carlos C. R.

Por la parte actora se formuló la demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, se dictara sentencia por la que se declarara padre biológico de Kevin C. M. al demandado D. Carlos C. R., rectificando en consecuencia el asiento de inscripción de filiación.

Admitida a trámite la demanda, el demandado la contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, y terminó suplicando al Juzgado se dictara en su día sentencia en la que se desestime la demanda y se le absuelva de las peticiones formuladas en el suplico de la misma.

Seguido el juicio por sus trámites, por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 30 de Julio de 1994 cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la excepción procesal de litis consorcio pasivo necesario debo desestimar y desestimo en la instancia la demanda formulada por Dª. LIDIA G. G. y D. KEVIN C. M., contra D. CARLOS C. R., demanda de la que se dio traslado al Ministerio Fiscal. Se imponen a los actores las costas del juicio". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y sustanciada la alzada, la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 20 de Mayo de 1996, cuyo fallo es como sigue: "FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Dª. LIDIA G. G. contra la sentencia de fecha 30 de Julio de 1994, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Badalona en autos de menor cuantía núm. 97/92, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada". </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El Procurador D. Antonio Mª. de Anzizu Furest en representación de Dª. Lidia G. G., formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos: 1º.- Por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o la Jurisprudencia que fuesen aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, con infracción, por inaplicación, del art. 1.1, 2 y 5 de la Ley 7/1.991 de 27 de Abril, de filiaciones de Cataluña, y, 2º.- Por infracción de la Ley y también de la doctrina jurisprudencial, sobre el valor que debe darse en los procesos de filiación a la negativa u obstrucción de las pruebas biológicas. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Admitido el recurso y evacuado el trámite de impugnación, se señaló para la votación el día seis de los corrientes, en que tuvo lugar. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El presente recurso pretende la casación de la sentencia dictada por la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 20 de mayo de 1996, confirmatoria de la a su vez dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Badalona en fecha 30 de julio de 1994, ambas recaídas en autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos a instancia de doña Lúcia G. G. contra don Carlos C. R. La demanda inicial instauradora de la litis contiene el siguiente Suplico: “se tenga por... instada RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN PATERNA del hijo de mi representado D. KEVIN C. M. respecto de su padre D. CARLOS C. R... y previos los trámites legales dicte en su día Sentencia por la que se le declare padre biológico de Kevin Cosín Maclachlan, rectificando en consecuencia el asiento de inscripción de filiación en el Registro Civil Central de Madrid, quedando registrado como KEVIN C. M. G., siendo C. el primer apellido y M. G. el segundo apellido...”. Se trata, por tanto, como ambas sentencias coincidentemente reconocen, de una acumulación de acciones, legalmente permitida (artículo 134 del Código civil y artículo 17.2 de la Llei 7/1991, de 27 d’abril, del Parlament de Catalunya sobre filiacions), una de reclamación de filiación paterna no matrimonial y otra de impugnación de la filiación contradictoria registralmente reconocida. Preciso es ahora adelantar, a reserva de lo que luego se dirá, que ninguna de las dos sentencias entran en el fondo de las acciones entabladas. Tanto la sentencia de primera instancia, como la de la Audiencia que en el presente recurso se combate, desestiman la demanda por la defectuosa formación de la relación jurídico-procesal, al entender ambas sentencias que el artículo 15 de la citada Llei de filiacions impone un litisconsorcio pasivo necesario que obliga a demandar, en todo caso, a aquellas personas cuya paternidad, maternidad o filiación esté legalmente determinada y no intervengan en el proceso en otra calidad, lo que no ha sucedido en el presente pleito al haberse omitido la llamada del padre que figura en el Registro Central, Archibald M. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** -</hi> El primero de los motivos de casación se basa en la “infracción, por inaplicación del art. 1.1, 2 y 5 de la Ley 7/1.991 del 27 de abril, de Filiaciones de Catalunya...”. El segundo, en la infracción de “la doctrina jurisprudencial, sobre el valor que debe darse en los procesos de filiación a la negativa u obstrucción de las pruebas biológicas...”, citando, a continuación, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1987 y 3 de diciembre de 1.99, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 y las de este Tribunal Superior de 22 de julio de 1991 y 25 de enero de 1993. Ambos motivos encuentran su cauce procesal en el numeral 4º del artículo 1692 de la LEC. Se alega, en síntesis, por el recurrente en casación que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta el principio informador de la Llei de filiacions en cuanto a la libre investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, es decir “el principio de la veracidad o adecuación de la paternidad jurídico-formal a la biológica”, no practicándose la prueba biológica por la “obstinada negativa del demandado”; infringiéndose también el principio “favor filii”, informador de la propia Llei; el contenido del artículo 5 de la Llei en la medida en que el mismo invierte la carga de la prueba, presumiéndose la paternidad de quien tuvo relaciones no matrimoniales en tiempo hábil para la concepción; se alega, finalmente, que quedó probado que en el período hábil para la concepción la Sra. G. prestaba sus servicios como Secretaria de D. Carlos C. R., estando a cambio el Sr. Archibald en Inglaterra. Respecto al segundo motivo, se entiende que hay infracción de doctrina jurisprudencial ante las reiteradas sentencias que señalan que la existencia de una relación sentimental probada unida a la negativa reiterada a la práctica de las pruebas biológicas tendentes a la determinación de la paternidad es suficiente para estimar la reclamación de paternidad solicitada. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** -</hi> No desconoce el recurrente el contenido de las sentencias dictadas en primera y segunda instancia, puesto que, en el escrito de recurso, en su Antecedente IV, expone textualmente: “La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda por entender que hubo una falta de litis consorcio pasivo necesario por la no intervención en la litis, del padre de K., según el Registro Civil suponiendo un defectuoso planteamiento de la relación jurídico procesal...”. Y en el Antecedente V: “Interpuesto el recurso de apelación en tiempo y forma, fue desestimada por la Sección Segunda (sic) de la Audiencia de Barcelona por falta de litisconsorcio pasivo necesario por cuanto no se demandó a quien registralmente figura como padre, cuya filiación se cuestiona y a lo que por Ley se exigía obligación de intervención”. Pese, pues, a no desconocer que la “ratio decidendi” de las sentencias aludidas se centraba en la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, imperativamente ordenado en el artículo 15 de la Llei 7/1991 de filiacions de Catalunya, el recurrente se empeña en “puentear” dicho obstáculo normativo y en penetrar en el fondo de una “quaestio litis” no discutida en ninguna de las dos instancias, como si este Tribunal de Casación tuviera competencia para, en primer lugar, entrar a valorar un tema de debate que no ha sido objeto de recurso (la correcta o defectuosa formación de la relación jurídico-procesal) y, luego, entrar a ponderar el resultado de la prueba, cual si fuera Tribunal de Primera o Unica instancia. Ambos motivos de casación han de decaer, en consecuencia. Según constante doctrina jurisprudencial (contenida, por ejemplo, en las Sentencias de fechas 26 de octubre de 1990, 12 de diciembre de 1991, 18 de febrero de 1992, 17 de noviembre de 1993 y 17 de octubre de 1994) constituye el objeto del recurso de casación el fallo o parte dispositiva de la sentencia de segunda instancia y los fundamentos de Derecho determinantes de la decisión y es palmario que tales fundamentos se centran exclusivamente en el artículo 15 de la Llei reiteradamente citada del Parlament de Catalunya y la decisión final dispone la desestimación de la demanda por defectuosa formación de la relación jurídico-procesal, ninguna de cuyas cuestiones ha sido combatida en el presente recurso. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** -</hi>De conformidad con el artículo 1715.3 de la LEC., procede la imposición de las costas a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido. </s></p></div3>

<div3><p><s>En nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, fallamos</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PARTE DISPOSITIVA**</head>

LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DIJO: Que desestimamos el recurso de Casación planteado por la representación procesal de D^a. Lidia G. G. contra la sentencia dictada por la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido.

Notifíquese y publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse, junto con testimonio de la misma, las actuaciones y rollo recibido a la Sala de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<head type=sub rend="bo">Acció d'impugnació del reconeixement per error.- Caducitat de l'acció impugnatòria del reconeixement.- Dret transitori en matèria d'accions d'impugnació del reconeixement. </head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels Magistrats que al marge s'esmenten, ha vist el present recurs extraordinari de cassació interposat pel Sr. Ricard M. M., representat pel Procurador dels Tribunals Sr. Alberto Ramentol Noria i dirigit pel Lletrat Sr. Juan Sánchez Murcia, contra la sentència de la Secció 12a de la Audiència Provincial de Barcelona de 4 de juny de 1996 (Rotllo núm. 1435/94-B) dimanant del judici ordinari de menor quantia sobre impugnació de filiació i del seu reconeixement de filiació seguit davant el Jutjat de Primera Instància número 15 d'aquesta ciutat on va recaure-hi sentència de 10 de novembre de 1994; judici promogut per l'esmentat Sr. Ricard M. M. contra la seva esposa Sra. Mònica F. P., la qual ha estat representada davant d'aquest Tribunal pel Procurador Sr. Albert Rossell Moratona i dirigida per l'Advocat Sr. Alex Solà Paños.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">ANTECEDENTS DE FET</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">Primer. </hi> En la data ja consignada de 10 de novembre de 1994, la Magistrada - Jutge del Jutjat de Primera Instància núm. 15 de Barcelona, en el plet ja indicat, va dictar sentència que conté la següent part dispositiva: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Alberto Ramentol Noria en nombre y representación de D. RICARDO M. M. contra D^a. MONICA F. P. representada por el Procurador D. Alberto Rosell Moratona, debo declarar y declaro caducada la acción pretendida, con expresa imposición de costas al actor." </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon. </hi> Contra l'anterior resolució, el Sr. Ricardo M. M. va interposar recurs d'apel·lació davant la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona la qual, en la data ja també dita de 4 de juny de 1996, va dictar sentència que conté la següent part dispositiva: "FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Alberto Ramentol Noria, en nombre y representación de D. Ricardo M. M. contra la sentencia dictada en fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona, en autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de paternidad número 241/94 debemos confirmar la misma con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales de la presente alzada procedimental." </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">Tercer. </hi> Amb posterioritat a l'anterior sentència, concretament en data 12 del mateix mes de juny de 1996, l'esmentada Secció 12a de l'Audiència, resolent un recurs d'aclariment de la sentència presentat per l'apel·lant Sr. M., va dictar una interlocutòria la part dispositiva del qual diu: "PARTE DISPOSITIVA: Se suple el error observado en la sentencia dictada en fecha veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y seis (sic, ja que la data correcta de la sentència no és la de 28 de maig sinó el 4 de juny, com hem dit), en los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de paternidad número 241/94 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona, a instancia de D. Ricardo M. M. contra D^a. Mónica F. P., en el sentido de rectificar el último apartado recogido con la letra c) del fundamento jurídico segundo, en los siguientes términos: c) el 29 de marzo de 1994 el aquí recurrente interpone la correspondiente demanda de impugnación de filiación paterna de la menor Jessica-Ariana de la que dimana la presente litis. En igual sentido procede corregir el segundo párrafo del fundamento jurídico tercero, de suerte que las líneas octava a décima quedarán como siguen: ...supone que no han transcurrido los cuatro años desde la inscripción de la menor Jessica-Ariana en el Registro Civil- 30.4.90- hasta que el hoy recurrente ejerció la acción de impugnación -29.3.94-. Sin embargo, y para el caso...". </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">Quart. </hi> Contra l'anterior sentència de l'Audiència, el Sr. Ricardo M. M. va interposar el present recurs de cassació en el qual al·lega infringits l'article 5è de la Compilació del Dret Civil de Catalunya i la Disposició Transitòria Segona de la Llei catalana 7/1991, de 27 d'abril, de Filiacions. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">Cinquè. </hi> S'ha seguit en la tramitació del recurs de cassació el que disposa la Llei, havent estat assenyalada la vista del mateix pel dia 20 del corrent mes de març en quina data la mateixa va tenir lloc, havent informat els lletrats d'una i altra part en defensa cadascun d'ells de les seves respectives posicions. </s></p></div3>

<div3><p><s> És Ponent el Magistat de la Sala II-Im. Sr. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FONAMENTS DE DRET</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">Primer. </hi> El Sr. Ricardo M. M. formula recurs de cassació contra la sentència de 4 de juny de 1996 de la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona que va confirmar en apel·lació la del Jutjat de Primera Instància número 15 d'aquesta ciutat de 10 de novembre de 1994 en el judici de menor quantia instat per l'esmentat Sr. Ricardo M. M. contra la seva dona Sra. Mònica F. P., en el qual judici el primer exercita l'acció d'impugnació de la filiació i del reconeixement de la nena Jessica-Ariana Martínez Farrús al·legant que va ésser enganyat per la seva dona quant la paternitat de l'esmentada criatura a fi d'incloure-lo que la reconegués com el seu pare. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon. </hi> La demanda descansa sobre els següents fets essencials: a) El Sr. M. M., de 20 anys, va conèixer la demandada Sra. Mònica F. P. de quasi 22 anys, essent ambdós solters, el 12 d'octubre de 1989 en una discoteca, establint-se entre ells una ràpida relació de confiança que va provocar que aquella mateixa nit mantinguessin relacions sexuals al domicili d'ella, aprofitant l'absència dels seus pares amb motiu del pont de la Mare de Déu del Pilar. -b) La Sra. F. P. es trobava aleshores en estat de gestació, fet que va amagar al Sr. M. M. a qui va fer creure que l'embaràs havia estat conseqüència de la relació sexual que havien mantingut el dia que es van conèixer; acceptant el Sr. M. M. aquesta responsabilitat fins i tot quan la demandada, set mesos després, li va fer creure que la nena havia nascut prematura. -c) La dita nena, Jessica-Ariana, va néixer el 14 d'abril de 1990, i el 30 del mateix mes d'abril de 1990 el Sr. M. M. i la Sra. F. la varen declarar filla seva en el Registre Civil de Barcelona. -d) El 4 d'agost del propi any 1990, els esmentats varen contraure matrimoni canònic. -e) El mes de maig següent (de 1991) es varen separar de fet, i la Sra. F. va denunciar al Sr. M. a la Policia per abandó de família. -f) El juny de 1991 la Sra. F. va interposar contra el Sr. M. demanda de mesures provisionals. -g) El setembre també de 1991 el pare de la Sra. F. va explicar-li al Sr. M. que la seva filla Mònica ja estava embarassada quan es varen conèixer, i que la única finalitat d'haver-lo enganyat era que la petita tingués un cognom i evitar així murmuracions dels veïns i coneguts. -h) El novembre de 1992 la Sra. Farrús va interposar demanda de separació conjugal. -i) Mentrestant, el 14 d'agost de 1991, va néixer, com fruit no discutit del matrimoni, la nena Ariadna M. F. -I, j) El 29 de març de 1994 el Sr. M. M. va interposar al Jutjat de Primera Instància número 15 d'aquesta ciutat demanda de menor quantia impugnant la filiació de la 1ª de les nenes, Jessica-Ariana, en al·legar que la Sra. F. l'havia enganyat en haver-li fet creure que era filla seva fruit de la relació sexual que havien mantingut el 12 d'octubre de 1990. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">Tercer. </hi> La sentència de primera instància expressa que el plantejament de la demanda d'impugnació el mes de març de 1994 es veu totalment afectat per la caducitat de l'any de l'acció d'impugnació del reconeixement de la filiació fet mitjançant error, de l'article 14 de la Llei catalana de filiacions de 27 d'abril de 1991 (Llei 7/1991); i amb l'aital argumentació desestima totalment la demanda.

La sentència de l'Audiència, de 4 de juny de 1996, diu que des del 30 d'abril de 1990 en que va inscriure's al Registre Civil la filiació, fins l'11 de juny de 1994 en què assegura que va presentar-se la demanda d'impugnació de la filiació, havien transcorregut més dels 4 anys establerts a l'article 5è de la Compilació del Dret Civil Català, i per aquesta raó dona també per caducada l'acció impugnatòria de la filiació. I afegeix després que si hagués existit l'engany en el que es fonamenta la demanda impugnatòria, l'acció hauria estat caducada també per aplicació de l'article 14 de la Llei Catalana de Filiacions (abans indicada) de 27 d'abril de 1991 (Llei 7/91) que estableix el termini de caducitat d'un any des de que l'actor se n'assabenta de l'engany.

El 12 de juny del propi any 1996, la mateixa Audiència dicta un acte aclamatori de la sentència reconeguent haver sofert un error en consignar en ella com a data de presentació de la demanda d'impugnació de la filiació l'11 de juny de 1994, quan la realitat era que havia estat presentada el 29 de març de 1994; l'acte rectifica en aquest sentit les dades de fet consignades a la Sentència, la qual és esmenada pel mateix acte tot dient que "...no han transcurrido los 4 años desde la inscripción de la menor Jessica-Ariana en el Registro Civil -30.4.90- hasta que el hoy recurrente ejercitó la acción de impugnación- 29.3.94...." </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">Quart. </hi> Contra la anterior Sentència de la Audiència desestimària de la demanda, el senyor M. M. interposa aquest recurs de cassació en què al·lega infringits l'article 5è de la Compilació del Dret Civil de Catalunya i la Disposició Transitòria Segona de la Llei Catalana de Filiacions de 27 d'abril de 1991 (Llei 7/1991). No pot acollir-se l'al·legació feta a l'acte de la vista sobre la inadmissibilitat del recurs per defectes en l'escrit de la seva interposició, doncs si bé és cert que aquell escrit no és paradigma d'un escrit de formalització d'un recurs extraordinari com el present, conté els requisits essencials de la Llei, i la tutela efectiva que hem de donar ens obliga a la seva admissió ja què els defectes al·legats no són transcendents. </s></p></div3>

Cinquè. - La Disposició Transitòria 2a de la Llei Catalana de Filiacions de 27 d'abril de 1991 (Llei 7/1991), estableix, en el que aquí interessa, que "les accions de filiació nascudes a l'empara de la legislació anterior a aquesta Llei s'han d'ajustar als terminis que la dita legislació assenyali..."; i l'article 5è de la Compilació del Dret Civil de Catalunya assenyalava el termini de caducitat de 4 anys des de la inscripció al Registre Civil per impugnar la filiació. Hem d'entendre que dins d'aquest article 5è s'hi comprenia tant l'acció de la impugnació de la filiació pròpiament dita, com la impugnació del reconeixement de la filiació fet mitjançant qualsevol vici (error, violència o intimidació), ja que l'esmentat article 5è, en no fer cap mena de distinció, era omnicomprensiu i incloïa tota mena d'accions impugnatòries de la filiació, qualsevulla que en fos la seva causa, i el termini per l'exercici de l'acció era el de 4 anys des de la inscripció de la filiació al Registre Civil.

Sisè. - Al present cas ja hem vist que el Sr. M. M. i la Sra. F. P. varen inscriure la nena Jessica-Ariana com filla seva el 30 d'abril de 1990, i que l'esmentat Sr. M. M. va presentar la demanda d'impugnació del reconeixement de la filiació el 29 de març de 1994. Per tant, com ja va reconèixer la mateixa Audiència en l'acte aclaritori de 12 de juny de 1996 (abans esmentat), quan el 29 de març de 1994 el Sr. M. M. va presentar la demanda impugnant el reconeixement de la filiació de la nena Jessica-Ariana que s'havia inscrit al Registre Civil el 30 d'abril de 1990, no havia transcorregut el termini de caducitat dels 4 anys que establia el repetit article 5è de la Compilació del Dret Civil de Catalunya.

I no pot aplicar-se al cas l'article 14 de la Llei Catalana 7/1991, de 27 d'abril, de Filiacions, que estableix la caducitat d'un any des del reconeixement o des de que cessa el vici del consentiment per l'exercici de l'acció d'impugnació del reconeixement de la filiació fet mitjançant error, perquè aquí el reconeixement que s'impugna va fer-se el 30 d'abril de 1990 -abans per tant de l'esmentada Llei de 27 d'abril de 1991- i, com hem vist, la Disposició Transitòria 2ª d'aquesta determina que les accions de filiació nascudes a l'empara de la legislació anterior a ella, s'han d'ajustar als terminis que la dita legislació anterior assenyali que, en el cas, com ja hem constatat, era el termini de 4 anys de l'article 5è de la Compilació que, com també hem comprovat, es referia, sense cap distinció, tant a l'impugnació de la filiació pròpiament dita, com a l'impugnació del seu reconeixement, qualsevulla que en fos la causa impugnatòria; i per aquesta raó de la no caducitat en el cas de l'acció de impugnació, caldrà revocar les dues Sentències d'instància i estimar l'únic motiu de cassació, tot acollint, a l'ensem, la demanda en la que l'actor impugna el reconeixement de la filiació de la nena Jessica-Ariana en haver també de declarar-se provat l'engany del què el Sr. M. M. va ser víctima, doncs en contra del què la Sra. F., ara assegura (el 10 de juny de 1994 en contestar la demanda d'impugnació de la filiació i veure's abocada a la prova biològica anunciada a la demanda -foli 1 volt-) de què va advertir el Sr. M. M. que ell no era el pare biològic d'aquella criatura, el què constatem és que abans d'aquesta data de 10 de juny de 1994, la Sra. F., va sostenir sempre, que sí que ho era, i així ho veiem: a) quan l'11 de maig de 1991 ho assegura davant la policia a la denúncia per abandó de família (foli 45).- b) Ho diu també l'11 de juny de 1991 a la demanda d'aliments provisionals (foli 98).- c) Ho reitera el 23 de novembre de 1992 a la demanda de separació (foli 94).- I, d) Ho rebla a la confessió en judici del plet de separació, on quan se li pregunta el 23 de novembre de 1993 "que cuando conoció al Sr. M., ya estaba usted embarazada de su hija Jessica, no siendo por tanto éste, padre biológico de la hija" (foli 93), contesta de manera rotunda "que no es cierto en absoluto" (foli 95); de tot el què en deduïm amb claredat que la Sra. Farrús va enganyar sempre al Sr. M. fins que no va tenir més remei que confessar la veritat al Jutjat al contestar la demanda d'impugnació origen d'aquest plet; per la qual cosa procedeix estimar ara aquesta demanda per a declarar que la nena Jessica-Ariana M. F. no és filla del Sr. Ricardo M. M., devent ordenar-se al titular del Registre Civil de Barcelona que ho inscrigui així als llibres d'aquell Registre, esmenant la inscripció que va produir-se en ells el 30 d'abril de 1990 (núm. 264).

Setè. - En acollir-se la demanda les costes de la 1ª Instància hauran d'imposar-se a la demandada (art. 523 de la Llei d'enjudiciament civil); les de la 2a. Instància també a la demandada (art. 710 de la mateixa Llei); i cada part pagarà les seves en el present recurs extraordinari (art. 1715,2 de la pròpia Llei). Es retornarà al recurrent el dipòsit que va constituir per a interposar la cassació.

Per tot l'anterior, en nom del Rei i per l'autoritat que li atorga la Constitució,
LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA, HA DECIDIT:

PART DISPOSITIVA

Estimar el recurs de cassació interposat pel Sr. Ricardo M. M. contra la Sentència de la Secció 12a. de l'Audiència Provincial de Barcelona de 4 de juny de 1996. Anul·lem la dita Sentència. Revoquem també la de la 1a Instància; i en el lloc d'ambdues declarem: que el Sr. Ricardo M.M., no és el pare de Jessica-Ariana M. F. Manem que el titular del Registre Civil de Barcelona ho inscrigui així als llibres d'aquell Registre esmenant la inscripció que en ells va produir-s'hi el 30 d'abril de 1990. (núm. 264). Condemnem la Sra. Mònica F. P. al pagament de les costes de les dues instàncies que ens han precedit. No fem cap pronunciament respecte de les generades en aquest recurs de cassació en el que per tant cada part pagarà les seves. I retornis al recurrent el dipòsit que va constituir per interposar el present recurs. Així ho acordem, manem i signem.

<head type=sub rend="bo">Acción de impugnación del reconocimiento por error.- Caducidad de la acción de impugnación del reconocimiento.- Derecho transitorio en materia de acciones de impugnación del reconocimiento.</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, formada por los Magistrados expresados al margen, el recurso extraordinario de casación interpuesto por D. Ricardo M. M., representado por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Ramentol Noria y dirigido por el Letrado D. Juan Sánchez Murcia, contra la Sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 1996 (Rollo nº 1435/94-B) dimanante del juicio ordinario de menor cuantía sobre impugnación de filiación y de su reconocimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de esta ciudad en el que recayó Sentencia de 10 de noviembre de 1994; cuyo juicio fue promovido por el expresado D. Ricardo M. M. contra su esposa Dª. Mónica F. P. representada ante este Tribunal por el Procurador D. Alberto Rossell Moratona y dirigida por el Abogado D. Alex Solá Paños.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">ANTECEDENTES DE HECHO</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">Primero. -</hi>En la fecha ya consignada de 10 de noviembre de 1994, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona, en el pleito ya indicado, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Alberto Ramentol Noria en nombre y representación de D. RICARDO M. M. contra Dª. MÓNICA F. P. representada por el Procurador D. Alberto Rosell Moratona, debo declarar y declaro caducada la acción pretendida, con expresa imposición de costas al actor."</s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">Segundo. -</hi> Contra la anterior resolución, D. Ricardo M. M. interpuso recurso de apelación ante la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que en la mencionada fecha de 4 de junio de 1996, dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: " FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Alberto Ramentol Noria, en nombre y representación de D. Ricardo M. M. contra la sentencia dictada en fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona en autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de paternidad número 241/94 debemos confirmar la misma con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales de la presente alzada procedimental."</s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">Tercero. -</hi> Con posterioridad a la anterior sentencia, concretamente con fecha 12 del mismo mes de junio de 1996, la expresada Sección 12ª de la Audiencia, resolviendo un recurso de aclaración de la anterior sentencia presentado por el apelante Sr. M., dictó un Auto cuya parte dispositiva dice: "PARTE DISPOSITIVA: Se suple el error observado en la Sentencia dictada en fecha veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y seis (sic, ya que la fecha correcta de la sentencia no es la de 28 de mayo sino la de 4 de junio, como hemos dicho), en los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de paternidad número 241/94 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona, a instancia de D. Ricardo M. M. contra Dª Mónica F. P., en el sentido de rectificar el último apartado recogido con la letra c) del fundamento jurídico segundo, en los siguientes términos: c) el 29 de marzo de 1994 el aquí recurrente interpone la correspondiente demanda de impugnación de filiación paterna de la menor Jessica-Ariana de la que dimana la presente litis. En igual sentido procede corregir el segundo párrafo del fundamento jurídico tercero, de suerte que las líneas octava a décima quedarán como siguen: "...supone que no han transcurrido los cuatro años desde la inscripción de la menor Jessica-Ariana en el Registro Civil -29.3.94- hasta que el hoy recurrente ejercitó la acción de impugnación -29.3.94-. Sin embargo, y para el caso..."</s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">Cuarto. -</hi>Contra la anterior Sentencia de la Audiencia, D. Ricardo M. M. interpuso el presente recurso de casación alegando infringidos el artículo 5º de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y la Disposición Transitoria Segunda de la ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones.</s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">Quinto. -</hi>Se ha seguido el trámite del recurso de casación establecido en la Ley, habiendo sido señalada la vista del mismo para el 20 del mes de marzo corriente, en cuya fecha tuvo lugar la misma, habiendo informado los letrados de ambas partes en defensa cada uno de ellos de sus respectivas posturas.</s></p></div3>

<div3><p><s>Es Ponente el Ilmo. Magistrado de la Sala D. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ.</s></p></div3>

</div2>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>D. Ricardo M. M. formula recurso de casación contra la sentencia de 4 de junio de 1996 de la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que confirmó en apelación la del Juzgado de primera Instancia nº 15 de esta ciudad de 10 de noviembre de 1994 en el juicio de menor cuantía instado por el expresado D. Ricardo M. M. contra su mujer Dª. Mónica F. P., en cuyo juicio el primero ejercita la acción de impugnación de la filiación y del reconocimiento de la niña Jessica-Ariana M. F. alegando que fue engañado por su mujer en cuanto a la paternidad de la expresada criatura para inducir a que la reconociese como su padre. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>La demanda descansa sobre los siguientes hechos esenciales: a) El Sr. M. M., de 20 años, conoció a la demandada Dª. Mónica F. P. de casi 22, siendo ambos solteros, el 12 de octubre de 1989 en una discoteca, estableciéndose entre ellos una rápida relación de confianza que provocó que aquella misma noche mantuviesen relaciones sexuales en el domicilio de ella aprovechando la ausencia de sus padres con motivo del puente de la Virgen del Pilar. b) La Sra. F. P. se encontraba entonces en estado de gestación, hecho que ocultó al Sr. M. M. al que hizo creer que el embarazo había sido consecuencia de la relación sexual que habían mantenido el día en que se conocieron; aceptando el Sr. M. M. esta responsabilidad incluso cuando la demandada, siete meses después, le hizo creer que la niña había nacido prematura. c) Dicha niña, Jessica-Ariana, nació el 14 de abril de 1990, y el 30 del mismo mes de abril de 1990 el Sr. M. M. y la Sra. F. la declararon hija suya en el Registro Civil de Barcelona. d) El 4 de agosto del mismo año 1990, los expresados contrajeron matrimonio canónico. e) El mes de mayo siguiente (de 1991) se separaron de hecho, y la Sra. F. denunció al Sr. M. a la Policía por abandono de familia. f) En junio de 1991 la Sra. F., interpuso contra el Sr. M., demanda de medidas provisionales. g) En septiembre de 1991 el padre de la Sra. F. le explicó al Sr. M. que su hija Mónica ya estaba embarazada cuando se conocieron, y que la única finalidad de haberlo engañado era la de que la pequeña tuviese un apellido y evitar así murmuraciones de los vecinos y conocidos. h) En noviembre de 1992 la Sra. F. interpuso demanda de separación conyugal. i) Mientras tanto, el 14 de agosto de 1991, nació como fruto no discutido del matrimonio, la niña Ariadna M. F. Y, j) el 29 de marzo de 1994 el Sr. M. M. interpuso en el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de esta ciudad demanda de menor cuantía impugnando la filiación de la 1ª de las niñas, Jessica-Ariana, al alegar que la Sra. F. lo había engañado al haberle hecho creer que era hija suya fruto de la relación sexual que habían mantenido el 12 de octubre de 1990. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>La Sentencia de primera instancia expresa que el planteamiento de la demanda de impugnación en el mes de marzo de 1994 se ve totalmente afectado por la caducidad del año de la acción de impugnación del reconocimiento de la filiación hecho por error del artículo 14 de la Ley catalana de filiaciones de 27 de abril de 1991 (Ley 7/1991); y con esta argumentación desestima íntegramente la demanda.

La Sentencia de la Audiencia, de 4 de junio de 1996, dice que desde el 30 de abril de 1990 en se inscribió en el Registro Civil la filiación, hasta el 11 de junio de 1994 en que asegura que se presentó la demanda de impugnación de la filiación, habían transcurrido más de los 4 años establecidos en el artículo 5º de la Compilación de Derecho Civil Catalán, y por esta razón da también por caducada la acción impugnatoria de la filiación. Y añade después que si hubiese existido el engaño en el que se fundamenta la demanda impugnatoria, la acción habría estado caducada también por aplicación del artículo 14 de la Ley Catalana de Filiaciones (antes indicada) de 27 de abril de 1991 (Ley 7/91) que establece el plazo de caducidad de un año desde que el actor se entera del engaño.

El 12 de junio del mismo año 1996, la misma Audiencia dicta un Auto aclaratorio de la Sentencia reconociendo haber sufrido error al consignar en ella como fecha de presentación de la demanda de impugnación de la filiación el 11 de junio de 1994, cuando la realidad era que había sido presentada el 29 de marzo de 1994; el Auto rectifica en este sentido los datos de hechos consignados en la Sentencia, la cual es corregida por el mismo Auto diciendo que "...no han transcurrido los 4 años desde la inscripción de la menor Jessica-Ariana en el Registro Civil -30.4.90- hasta que el hoy recurrente ejerció la acción de impugnación -29.3.94..." </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Contra la anterior Sentencia de la Audiencia desestimatoria de la demanda, el Sr. M. M. interpone el presente recurso de casación alegando infringidos el artículo 5º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Catalana de Filiaciones de 27 de abril de 1991 (Ley 7/1991)

No puede acogerse la alegación hecha en el acto de la vista sobre la inadmisibilidad del recurso por defectos en el escrito de su interposición, pues siendo cierto que aquel escrito no es paradigma de un escrito de formalización de un recurso extraordinario como el presente, contiene los requisitos esenciales de la Ley, y la tutela efectiva que hemos de dar nos obliga a su admisión, ya que los defectos alegados no son trascendentes. </s></p></div3>

<div3 n=5>

Quinto. - La Disposición Transitoria 2ª de la Ley Catalana de Filiaciones de 27 de abril de 1991 (Ley 7/1991), establece, en lo que aquí interesa, que “las acciones de filiación nacidas al amparo de la legislación anterior a esta Ley tienen que ajustarse a los plazos que dicha legislación señale...”; y el artículo 5º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña señalaba el plazo de caducidad de 4 años desde la inscripción en el Registro Civil para impugnar la filiación. Hemos de entender que dentro de este artículo 5º se comprendía tanto la acción de impugnación de la filiación propiamente dicha, como la del reconocimiento de la filiación hecho mediante cualquier vicio (error, violencia o intimidación), ya que el expresado artículo 5º, al no hacer ningún tipo de distinción, era omnicompreensivo e incluía toda clase de acciones impugnatorias de la filiación, cualquiera que fuese su causa, y el plazo para el ejercicio de la acción era de 4 años desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil.

<div3 n=6>

Sexto. - En el presente caso ya hemos visto que el Sr. M. M. y la Sra. F. P. inscribieron a la niña Jessica-Ariana como hija suya el 30 de abril de 1990, y que el expresado Sr. M. M. presentó la demanda de impugnación del reconocimiento de la filiación el 29 de marzo de 1994. Por tanto, como ya reconoció la propia Audiencia en el Auto aclaratorio de 12 de junio de 1996 (antes citado), cuando el 29 de marzo de 1994 el Sr. M. M. presentó la demanda impugnando el reconocimiento de la filiación de la niña Jessica-Ariana que había sido inscrita en el Registro Civil el 30 de abril de 1990, no había transcurrido el plazo de caducidad de 4 años establecido en el repetido artículo 5º de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

Y no puede aplicarse al caso el artículo 14 de la Ley Catalana 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, que establece la caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesa el vicio del consentimiento para el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento de la filiación hecho mediante error, porque aquí el reconocimiento que se impugna se hizo el 30 de abril de 1990 -antes por tanto de la expresada Ley de 27 de abril de 1991- y, como hemos visto, la Disposición Transitoria 2ª de ésta determina que las acciones de filiación nacidas al amparo de la legislación anterior a ella, tienen que ajustarse a los plazos que dicha legislación anterior señale que, en el caso, como ya hemos constatado, era el de 4 años del artículo 5º de la Compilación que, como también hemos comprobado, se refería, sin ninguna distinción, tanto a la impugnación de la filiación propiamente dicha, como a la impugnación de su reconocimiento, cualquiera que fuese la causa impugnatoria; y por esta razón de la no caducidad en el caso de la acción de impugnación, habrá que revocar las dos Sentencias de instancia y estimar el único motivo de casación, acogiendo, a la vez, la demanda en la que el actor impugna el reconocimiento de la filiación de la niña Jessica-Ariana por haber también que declararse probado el engaño de que el Sr. M. M. fue víctima, pues en contra de lo que la Sra. F. ahora asegura (el 10 de junio de 1994 al contestar la demanda de impugnación de la filiación y verse abocada a la prueba biológica anunciada en la demanda -folio 1 vuelta-) de que advirtió al Sr. M. M. de que él no era el padre biológico de aquella criatura, lo que constatamos es que antes de esta fecha de 10 de junio de 1994, la Sra. F. sostuvo siempre que sí que lo era, y así lo vemos: a) cuando el 11 de mayo de 1991 lo asegura ante la policía en la denuncia por abandono de familia (folio 45). b) Lo dice también el 11 de junio de 1991 en el demanda de alimentos provisionales (folio 98). c) Lo reitera el 23 de noviembre de 1992 en la demanda de separación (folio 94). Y, d) Lo remacha en la confesión en juicio del pleito de separación, donde cuando se le pregunta el 23 de noviembre de 1993 “que cuando conoció al Sr. M., ya estaba usted embarazada de su hija Jessica, no siendo por tanto éste padre biológico de la hija” (folio 93), contesta de manera rotunda “que no es cierto en absoluto” (folio 95), de todo lo que deducimos con claridad que la Sra. F. engañó siempre al Sr. M. hasta que no tuvo más remedio que confesar la verdad al Juzgado al contestar a la demanda de impugnación origen de este pleito; por lo cual procede estimar ahora esta demanda para declarar que la niña Jessica-Ariana M. F. no es hija de D. Ricardo M. M., debiéndose ordenar al titular del Registro Civil de Barcelona que así lo inscriba en los libros de aquel Registro, corrigiendo la inscripción que se produjo en ellos el 30 de abril de 1990 (nº 264).

<div3 n=7>

Séptimo. - Al acogerse la demanda, las costas de la 1ª Instancia habrán de imponerse a la demandada (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); las de la 2ª Instancia también a la demandada (art. 710 de la misma Ley); y cada parte pagará las suyas en el presente recurso extraordinario (art. 1715,2 de la misma Ley).

Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer la casación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución,

LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA HA RESUELTO:

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Ricardo M. M. contra la Sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 1996. Anulamos la expresada Sentencia. Revocamos también la de la 1ª Instancia; y en el lugar de ambas declaramos: que D. Ricardo M. no es el padre de Jessica-Ariana M. F. Mandamos que el titular del Registro Civil de Barcelona así lo inscriba en los libros de aquel Registro corrigiendo la inscripción que en ellos se produjo el 30 de abril de 1990 (nº 264). Condenamos a Dª. Mónica F. P. al pago de las costas de las dos instancias que nos han precedido. No hacemos ningún pronunciamiento respecto de las devengadas en el presente recurso de casación en el cual cada parte pagará las suyas. Y devuélvase al recurrente el depósito que constituyó para interponer el presente recurso.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 26 DE MARÇ DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">*Dolors Parra i Ollé / Banco Bilbao Vizcaya, S.A.* </head>

<head type=sub rend="bo">A) *Text original* </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió en casos de maquinacions fraudulentas.- Maquinacions fraudulentas: requisits.- Recurs de revisió quan la sentència ferma s'ha obtingut en base a documents falsos: requisits.** </head>

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** - </hi> Per mitjà d'un escrit presentat en aquesta Sala l'11 de juliol de 1996, la procuradora dels tribunals Sra. M. Bellsolà Casellas, en representació de la Sra. M. Dolors Parra Ollé, va interposar demanda de recurs extraordinari de revisió contra la Sentència ferma que el 13 d'abril de 1995 va dictar la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Tarragona en el rotllo d'apel·lació núm. 103/94 dimanant de les actuacions núm. 67/94 del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Reus, que va promoure l'actual recurrent contra el Banco Bilbao Vizcaya, SA.

S'interposa aquest recurs de revisió en virtut del que preveu l'art. 1.796 de la Llei d'enjudiciament civil, núm. 2 i 4, per haver-se guanyat injustament la sentència esmentada sobre la base d'una maquinació fraudulenta i per documents que la recurrent desconeixia.

Després d'al·legar els fets i fonaments que considera oportuns, sol·licita a la Sala que tingui per interposat el recurs de revisió contra la sentència mencionada, citi els que van litigar i dicti sentència en què s'estimi el recurs interposat, amb la consegüent rescissió total de la sentència impugnada i l'expressa condemna en costes a qui s'hi oposi. Mitjançant un altressí sol·licita la recepció del procediment a prova. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** - </hi> Mitjançant la provisió de 2 de juliol de 1996 es va tenir per presentat l'escrit esmentat amb el qual es va formar el rotllo corresponent, es va tenir per compareguda i part i part la procuradora Sra. Bellsolà en la representació que va acreditar, es va designar el ponent i es va requerir la recurrent perquè en un termini de cinc dies sol·licités l'assistència jurídica gratuïta.

Aquesta Sala va dictar la Sentència de 7 de novembre de 1996, en la qual es concedia a la Sra. M. Dolors Parra i Ollé el benefici d'assistència judicial gratuïta per litigar en aquest recurs de revisió.

Mitjançant la provisió de 19 de desembre de 1996, es va tenir per formulada la demanda de procés civil de revisió, es van reclamar al Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Reus els antecedents del plet i es va citar els que hi van litigar per tal que compareguessin a sostenir el que convingués al seu dret en un termini de quaranta dies. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** - </hi> Per mitjà de la provisió de data 20 de gener de 1997, es va tenir per comparegut i part legítima el procurador dels tribunals Sr. Isidro Marín Navarro en representació de BANCO BILBAO VIZCAYA, es va disposar que se substanciés pel tràmit dels incidents i, d'acord amb el que va sol·licitar la part recurrent, es va acordar la recepció del plet a prova en un termini de vint dies comuns per proposar i practicar, i a aquest efecte es van formar les peces separades oportunes, dintre del qual es van dur a terme les propostes, les quals van ser admeses, amb el resultat que es pot veure en les actuacions. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** - </hi> En la provisió d'aquest 24 de febrer es va acordar assenyalar el dia 20 de març a les 12 de matí per celebrar la vista. Així mateix, es va acordar escoltar el Ministeri Fiscal, d'acord amb el que preveu l'art. 1.802 de la llei d'enjudiciament civil. Un cop evacuat aquest tràmit, les actuacions van quedar a la vista per dictar sentència. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** - </hi> S'ha acreditat a les actuacions que a finals del mes de juny de l'any 1990 la senyora Maria Dolors Parra i Ollé va encarregar al Banco Bilbao-Vizcaya, SA la compra de vuitanta accions de l'entitat Volkswagen AG. L'operació es va realitzar el dia 5 de juliol de 1990 per un import de 2.996.240 pessetes, més unes altres 10.495 pessetes que el banc va carregar en el compte corrent de la compradora per la seva intervenció en la compra d'aquests títols.

El mes de gener de 1994 la senyora Maria Dolors Parra i Ollé va formular una demanda contra el Banco Bilbao-Vizcaya, SA en la qual demanava que es dictés sentència en què es declarés la nul·litat del contracte de compravenda de les accions esmentades per causa falsa i malentesa que concorre en el contracte per motius imputables a la defenent; de forma alternativa que es declarés la nul·litat del contracte de compravenda de les accions per haver-se celebrat amb intervenció de dol causant i greu; també de forma alternativa, que es condemnés la defenent a pagar els danys i perjudicis que ha sofert per culpa extracontractual la part agent; i amb caràcter subsidiari, que es declarés l'enriquiment injust de la defenent per un import d'1.570.000 pessetes. El Jutjat de Primera Instància número 1 de Reus va dictar sentència el dia 30 de juliol de 1994, que desestimava la demanda, amb imposició de les costes a l'agent. La Secció Segona de l'Audiència Provincial de Tarragona va dictar sentència en grau d'apel·lació el dia 13 d'abril de 1995, que confirmava la de primera instància, amb imposició de costes a la part apel·lant.

La senyora Maria Dolors Parra i Ollé ha interposat recurs de revisió contra aquesta sentència davant la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> El primer motiu del recurs es fonamenta en l'article 1.796.4 de la Llei d'enjudiciament civil, que arbitra el recurs quan una sentència ferma s'ha obtingut de forma injusta com a conseqüència de maquinacions fraudulentas.

La desestimació d'aquest motiu del recurs no ofereix dubtes, ja que la part que recorre no pretén altra cosa que tornar a discutir en el recurs de revisió les qüestions que ja van ésser discutides i resoltes en les dues instàncies, com és la de si el seu consentiment contractual es va formar de manera irregular en el contracte de compravenda de les accions de Volkswagen AG i que de forma negativa van resoldre les sentències de primera i segona instància. No s'escau, doncs, fer cap pronunciament sobre nul·litat del contracte per vicis en el consentiment, ja que segons criteri jurisprudencial reiterat i prou conegut, el concepte de maquinacions fraudulentas, a l'efecte del recurs de revisió, exigeix que les actuacions que l'integren siguin alienes al procés, atès que la impugnació de la sentència ferma s'ha de fonamentar en motivacions que no pertanyin al procediment en què va dictar-se la resolució, és a dir, que han de tenir la condició d'extrínseques al procediment i, per consegüent, no poden considerar-se maquinacions fraudulentas els actes ja al·legats i discutits en el plet antecedent (sentències del Tribunal Suprem de 24 d'abril i 13 de maig de 1995 i sentències d'aquesta Sala de 31 d'octubre del mateix any).

</s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El motiu segon del recurs es fonamenta en l'article 1.796.2 de la Llei d'enjudiciament civil, que autoritza el recurs extraordinari de revisió si la sentència ferma s'ha obtingut sobre la base de documents que al temps de dictar-se la sentència ignorava una de les parts que havien estat reconeguts o declarats falsos o que s'hagués declarat després la seva falsedat.

En el desenvolupament d'aquest motiu la part que recorre demana la revisió de la sentència de l'Audiència sobre la base d'un error hipotètic en l'apreciació de les proves i en l'entitat d'aquest error. D'aquest plantejament en resulta que el motiu es fonamenta amb uns fets que no tenen res a veure amb les causes que especifica l'article 1.796.2 de la Llei processal civil, és a dir, documents falsos; per consegüent, també aquest segon i darrer motiu del recurs s'ha de desestimar. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> De conformitat amb el que estableix l'article 1.809 de la Llei d'Enjudiciament civil, s'imposen les costes causades en aquest recurs a la part que recorre; i no es fa cap pronunciament sobre el dipòsit per no haver-se constituït. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>En nom del Rei i en virtut de l'autoritat que ens confereix el poble espanyol. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de revisió que ha interposat la procuradora dels tribunals senyora Maria Josefa Bellsolà i Casellas, que actua en nom i representació de la senyora Maria Dolors Parra i Ollé, mitjançant el qual es pretenia la rescissió de la sentència que va dictar el dia 12 d'abril de 1995 la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Tarragona en el rotlló número 103 de l'any 1994, i condemnem la part que recorre a pagar les costes causades pel recurs de revisió, sense fer cap pronunciament sobre el dipòsit per no haver-se constituït.

Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.

Aquesta és la nostra sentència, que pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">*Dolores Parra Ollé / Banco Bilbao Vizcaya, S.A.* </head>

<head type=sub rend="bo">B) Traducción </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas.- Maquinaciones fraudulentas: requisitos.- Recurso de revisión cuando la sentencia firme se ha obtenido con base a documentos falsos: requisitos.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente recurso extraordinario de revisión de la Sentencia firme dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 13 de abril de 1995, en el rollo de apelación nº 103/94, dimanante de los autos nº 67/94 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Reus. El recurso ha sido interpuesto por D^a. M^a. DELS DOLORS PARRA I OLLÉ, representada por la Procuradora D^a. M^a. José Bellsolá Casellas y dirigida por el Letrado D. Horacio Miño, contra el BANCO BILBAO VIZCAYA, representado por el Procurador D. Isidro Marín Navarro y dirigido por el Letrado D. Jordi Camps Ros.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Por escrito presentado ante esta Sala el 11 de julio de 1996, la Procuradora de los Tribunales, D^a. M^a. Bellsolá Casellas, en representación de D^a. M^a. Dolores Parra Ollé, interpuso demanda de recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia firme que el 13 de abril de 1995 dictó la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona en el rollo de apelación 103/94, dimanante de las autos 67/94 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Reus, promovidos por el actual recurrente contra el Banco Bilbao Vizcaya, S.A.

Se interpone este recurso de revisión según lo establecido en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nº 2 y 4, por haberse ganado injustamente la expresada sentencia sobre la base de una maquinación fraudulenta y por documentos que la recurrente desconocía.

Alegados los hechos y los fundamentos que considera oportunos, solicita a la Sala que tenga por interpuesto el recurso de revisión contra la expresada sentencia, cite a los litigantes y dicte sentencia estimando el recurso interpuesto, con la consiguiente rescisión total de la sentencia impugnada y la expresa condena en costas a la oponente. Por otrosí solicita el recibimiento del pleito a prueba. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Por Providencia de 2 de julio de 1996 se tuvo por presentado el expresado escrito formándose el rollo correspondiente, se tuvo por comparecida y parte a la Procuradora Sra. Bellsolá en la representación que acredita, designándose Ponente y requiriendo a la recurrente para que en el plazo de cinco días solicitase la asistencia jurídica gratuita.

Esta Sala dictó Sentencia el 7 de noviembre de 1996, concediendo a D^a M^a Dolores Parra i Ollé el beneficio de justicia gratuita para litigar en el presente recurso de revisión.

Por providencia de 19 de diciembre de 1996, se tuvo por formulada demanda de juicio civil de revisión, reclamándose al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Reus los antecedentes del pleito y citando a los litigantes para que comparecieran a sostener lo que a su derecho convenga en el plazo de cuarenta días. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Por Providencia de fecha 20 de enero de 1997, se tuvo por comparecido y parte al Procurador de los Tribunales D. Isidro Marín Navarro en representación de BANCO BILBAO VIZCAYA, disponiendo se sustanciase por el trámite de los incidentes y, según lo solicitado por la recurrente, acordando el recibimiento del pleito a prueba en el plazo de veinte días comunes para proponer y practicar, formándose las piezas separadas oportunas, practicándose toda la prueba propuesta que fue admitida, con el resultado que se puede ver en autos. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Por providencia de 24 de febrero se acordó señalar el día 20 de marzo a las 12 de la mañana para celebrar la vista. Acordando asimismo oír al Ministerio Fiscal, según lo previsto en el art. 1.802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, evacuado el trámite, quedando los autos a la vista para dictar sentencia.

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Lluís Puig i Ferriol</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Se ha acreditado en autos que a finales de junio de 1990 D^a. María Dolores Parra i Ollé encargó al Banco Bilbao-Vizcaya SA la compra de ochenta acciones de la entidad Volkswagen AG. La operación se realizó el 5 de julio de 1990 por importe de 2.996.240 pesetas, más otras 10.495 pesetas que el banco cargó en la cuenta corriente de la compradora por su intervención en la compra de estos títulos.

En enero de 1994 D^a María Dolors Parra i Ollé formuló demanda contra el Banco Bilbao-Vizcaya, SA solicitando se dictase sentencia declarando la nulidad del contrato de compraventa de las expresadas acciones por causa falsa e inutilidad concurrentes en el contrato por motivos imputables a la demandada; alternatively que se declarase la nulidad del contrato de compraventa de las acciones por haberse celebrado con intervención de dolo causante y grave; también alternatively, que se condenase a la demandada a pagar los daños y perjuicios que ha sufrido por culpa extracontractual la parte actora; y con carácter subsidiario, se declarase el enriquecimiento injusto de la demandada por importe de 1.570.000 pesetas. El Juzgado de primera Instancia nº 1 de Reus dictó sentencia el 30 de julio de 1994, desestimando la demanda, con imposición de las costas a la actora. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona dictó sentencia en grado de apelación el 13 de abril de 1995, confirmando la de primera instancia, con imposición de costas a la apelante.

D^a M^a Dolors Parra i Ollé ha interpuesto recurso de revisión contra esta sentencia ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Segundo - </hi>El primer motivo del recurso se fundamenta en el artículo 1.796.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que arbitra el recurso cuando una sentencia firme se ha obtenido de modo injusto como consecuencia de maquinaciones fraudulentas. La desestimación de este motivo del recurso no ofrece dudas, ya que la parte recurrente no pretende otra cosa que volver a discutir en el recurso de revisión las cuestiones que ya fueron discutidas y resueltas en las dos instancias, como es la de si su consentimiento contractual se formó irregularmente en el contrato de compraventa de las acciones de Volkswagen AG y que de modo negativo resolvieron las sentencias de primera y segunda instancia. No procede, pues, hacer ningún pronunciamiento sobre nulidad del contrato por vicios en el consentimiento, ya que según criterio jurisprudencial repetido y bien conocido, el concepto de maquinaciones fraudulentas, al efecto del recurso de revisión, exige que las actuaciones que lo integran sean ajenas al proceso, ya que la impugnación de la sentencia firme tiene que fundamentarse en motivaciones que no pertenezcan al procedimiento en que se dictó la resolución, es decir, que han de tener la condición de extrínsecas al procedimiento y, por consiguiente, no pueden considerarse maquinaciones fraudulentas los actos ya alegados y discutidos en el pleito antecedente (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril y 13 de mayo de 1995 y Sentencias de esta Sala de 31 de octubre del mismo año). </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Tercero - </hi>El motivo segundo del recurso se fundamenta en el artículo 1.796.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que autoriza el recurso extraordinario de revisión si la sentencia firme se ha obtenido sobre la base de documentos que al tiempo de dictarse la sentencia, ignoraba una de las partes que habían sido reconocidos o declarados falsos o que se hubiese declarado después su falsedad.

En el desarrollo de este motivo la parte recurrente pide la revisión de la sentencia de la Audiencia sobre la base de un error hipotético en la apreciación de las pruebas y en la entidad de este error. De este planteamiento resulta que el motivo se fundamenta con unos hechos que no tienen nada que ver con las causas especificadas en el artículo 1.796.2 de la Ley procesal civil, es decir, documentos falsos; por consiguiente, también este segundo y último motivo del recurso tiene que desestimarse. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Cuarto - </hi>De conformidad con lo establecido en el artículo 1.809 de la ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen las costas causadas en el presente recurso a la parte recurrente; sin hacer ningún pronunciamiento sobre el depósito por no haberse constituido. </s></p></div3>

<div3><p><s>En nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Que tenemos que desestimar y desestimamos el recurso de revisión interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Maria Josefa Bellsolá i Casellas, actuando en nombre y representación de D^a Maria Dolors Parra i Ollé, por el que se pretendía la rescisión de la sentencia dictada el 12 de abril de 1995 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona en el rollo nº 103 del año 1994, y condenamos a la parte recurrente a pagar las costas causadas por el recurso de revisión, sin hacer ningún pronunciamiento sobre el depósito por no haberse constituido.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió: naturalesa jurídica.- Recurs de revisió: procedència contra sentències dictades en judici executiu.- Recurs de revisió en cas de maquinacions fraudulentas: requisits.- Citació a termini per edictes: requisits.- Domicili: concepte i classes.- Bona fe i presumpció de bona fe.- Tutela judicial efectiva. -Indefensió.**</head>

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'esmenten damunt, ha vist aquestes actuacions del recurs extraordinari de revisió que va interposar el Sr. Antonio Martínez Cortés, representat pel procurador Sr. Fernando Bertrán Santamaría i defensat pel lletrat Sr. Odon Marzal Marquet, contra la sentència que va dictar en data 10 de novembre de 1992 el jutjat de Primera Instància núm. 37 de Barcelona, en el judici executiu núm. 688/91 B, seguit a instàncies de Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><hi rend="bo">**Primer.** </hi> El procurador Sr. Bertran Santamaría, en representació acreditada del Sr. Antonio Martínez Cortés, mitjançant l'escrit de data 16 de juliol de 1996, va interposar la demanda de recurs de revisió contra la sentència dictada en data 10 de novembre de 1992 pel jutjat de Primera Instància núm. 37 d'aquesta ciutat en judici executiu núm. 688/91-B en què han estat parts l'aquí demandat en revisió Caixa d'estalvis i Pensions de Barcelona contra el Sr. Antonio Martínez Cortés.

Aquest recurs es basa en els motius següents:

1. A l'empara de l'art. 1796.4t LEC per haver-se guanyat injustament sentència ferma.
2. De conformitat amb l'art. 1797 i 1800 LEC per no haver passat 5 anys des de la publicació de la sentència.
3. De conformitat amb l'art. 1798 LEC, ja que el recurs s'interposa sense que hagin transcorregut tres mesos des que es va descobrir el frau, que va ser el 18 d'abril de 1996 en efectuar-se compareixença voluntària d'ingrés del principal reclamat. Després d'al·legar els fets i fonaments de dret que estimava oportuns, acabava sol·licitant a la Sala que, un cop fets els tràmits pertinents, es dictés una sentència en què es rescindís en tots els seus punts la sentència ferma impugnada, com també que s'imposessin les costes a la part contrària. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Mitjançant una provisió de data 17 de juliol de 1996, es va tenir per presentat l'escrit i els documents amb què es formaria el rotlló oportú, que va ser registrat en el llibre corresponent. Es va designar *apud acta* el procurador Sr. Bertrán Santamaría. Es va designar dia i hora perquè tingués lloc la ratificació i es va manar testimoniar el resguard de dipòsit, l'original del qual va quedar sota la custòdia del secretari, i es va designar ponent. Per mitjà d'una diligència de 30 de juliol de 1996 es va tenir per feta la compareixença prevista en l'art. 281.3 de la LOPJ, en virtut de la qual es va tenir per part legítima, en nom del recurrent, el procurador Sr. Fernando Bertrán Santamaría; per interposat el recurs de revisió i, d'acord amb el que estableix l'art. 1801, paràgraf 2n de la LEC, es va acordar reclamar els antecedents del plet al jutjat esmentat, alhora que es va disposar que se citessin a termini tots aquells que haguessin litigat en les actuacions perquè en el termini de quaranta dies compareguessin a sostenir el que fos més convenient al seu dret, amb el lliurament de les cèdules i de les còpies oportunes. Mitjançant una provisió de data 21 d'octubre de 1996 es va tenir per comparegut i part la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona i, en el seu nom i representació, el procurador Sr. Carlos Testor Ibars, que va efectuar la impugnació del recurs, per la qual cosa es va tenir per evacuat el tràmit de contestació. Per provisió de data 19 de desembre passat, es va acordar rebre el plet a prova per un termini de vint dies comuns a les parts per proposar-la i practicar-la i es van formar els oportuns rams separats dins dels quals es va dur a terme les proposades i declarades pertinents amb el resultat que consta en les actuacions. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Per provisió de data 27 de gener de 1997, es va acordar la unió a les actuacions de les proves practicades i el procediment va quedar a la vista per a sentència. Mitjançant una provisió de data 24 de febrer de 1997, perquè ho havia sol·licitat la part recurrent, es va assenyalar per a la celebració de la vista el dia 3 d'abril a les 11 hores del matí, la qual va tenir lloc amb l'assistència de lletrats i procuradors de totes dues parts. La part recurrent va sol·licitar que s'admetés el recurs i que es rescindís la sentència objecte de recurs amb expressa condemna en costes a la part contrària. La part contra la qual es recorre va sol·licitar que s'accedís al recurs i que es mantinguessin tots els termes de la sentència ferma. </s></p>

</div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. PONÇ FELIU I LLANSA. </s></p></div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> En el present recurs de revisió, promogut pel Sr. Fernando Bertrán Santamaría contra la Sentència ferma dictada en el judici executiu núm. 688/91-B del Jutjat de 1a Instància núm. 37 de Barcelona, amb fonament en la causa 4a de l'article 1.796 de la Llei d'enjudiciament civil, formula com a primera causa d'oposició l'entitat demandada "Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona" una excepció processal escaient a la mateixa admissibilitat del recurs, ja que al·lega que mitjançant aquest es pretén combatre una resolució judicial dictada en un procediment sumari que -raona l'entitat d'Estalvis demandada-, per definició, no tanca el procés, atès que sempre hagués pogut acudir el demandant a un judici ordinari i evitar així adular la finalitat pròpia del present recurs, que és excepcional i de naturalesa extraordinària.

Planteja, doncs, la demanda una qüestió cabdal que ja d'ofici hagués examinat la Sala per exigències d'ordre públic processal i davant la qual cal fer les següents consideracions:

a) El judici de revisió, ja previst en Las Partidas com a remei "para desatar el juicio que es dado por falsas cartas o por falsas pruebas o contra ley" (títol XXVI, Partida Tercera) i que posteriorment desaparegué amb la codificació, fou reintroduït, primer, en l'àmbit de l'enjudiciament criminal i, finalment, també en el civil i, recollint-lo la vigent Llei processal civil de 1881, ha romàs pràcticament inalterat fins a l'actualitat. En qualsevol cas, es prevegi com un genuí recurs o com un simple sistema d'impugnació de sentències fermes, el que ha esdevingut pacífic és la seva naturalesa subsidiària, que és tant com dir que només pot reeixir quan la sentència ferma combatuda comporta l'exhauriment definitiu de la qüestió, el que, en principi, no pot pas predicar-se de procediments sumaris, per tal com l'objecte litigiós, efectivament, pot ésser reproduït en un posterior procés, i així ho ha recollit la jurisprudència que té dit (per exemple, sentències de 31/12/1990 i 20/1/1993) que "El art. 1797 de la Ley de Enjuicimiento Civil sólo permite el excepcional y extraordinario recurso de revisión frente a una sentencia firme, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno, condición de firmeza que no es predicable de las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, ya que las mismas, conforme establece el art. 1479 de la LEC no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión".

Semblaria, doncs, "prima facie", que hauria d'acollir-se aquesta primera causa d'impugnació i refusar-se la pretensió actora per tal com el dit motiu d'inadmissió es convertiria en aquest tràmit en causa de desestimació.

b) Nogensmenys, en un supòsit pràcticament anàleg, va dir la Sala en la recent sentència núm. 35/96 de 23 de desembre, i en una transcripció literal, que "...debe desestimarse la objeción procesal formulada por la parte recurrida consistente en que no puede ser objeto de recurso de revisión una sentencia recaída en juicio ejecutivo, porque, sin perjuicio de reconocer que el tema es polémico doctrinal y jurisprudencialmente, esta Sala entiende que es factible tal posibilidad, singularmente cuando se trata de la causa de rescisión por maquinación fraudulenta del nº 4 del art. 1.796 LEC en su modalidad de ocultación maliciosa del domicilio que da lugar a un emplazamiento ficticio que no permite al demandado-ejecutado en el juicio ejecutivo conocer la existencia del proceso, de tal modo que se ve sorprendido con un apremio contra su patrimonio sin la mínima posibilidad de discutir el título mediante la invocación de las excepciones y causas de nulidad que pudieran asistirle, sin que ni siquiera le quede la posibilidad de suscitárlas en un juicio ordinario posterior, situación que genera una evidente indefensión, y por ende implica un flagrante atentado al principio constitucional de tutela judicial efectiva. La solución del problema de la indefensión de tal naturaleza podía venir dada por el desarrollo legislativo del apartado dos del art. 53 de la Constitución, que permitiera a cualquier ciudadano recabar la tutela del derecho fundamental vulnerado, ante un Tribunal ordinario, y por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Pero tal carencia exige examinar las posibilidades procesales de "lege data", tema que presenta una cierta complejidad, pues no todas las previsibles se admiten como viables, algunas son dudosas hasta el punto de que su hipotético planteamiento conlleva el riesgo de un resultado formal negativo (eventual declaración de inadecuación del procedimiento), y, desde luego, entre las factibles (con seguridad o hipotéticamente), la más sencilla, rápida y económica, y por consiguiente más eficaz, es el recurso de revisión. En argumentación de lo que se acaba de decir, debe destacarse, en primer lugar, que el ejecutado no puede plantear el recurso de audiencia al rebelde porque se lo veda expresamente el art. 789 LEC. Tampoco puede formular una petición de nulidad de actuaciones ante el propio órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia en el juicio ejecutivo porque, al tratarse de una resolución definitiva, ello no es posible de conformidad con lo establecido en el art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y doctrina del Tribunal Constitucional dictada en su aplicación a partir de la Sentencia del Pleno nº 185/1.990, de 15 de noviembre, (entre otras, Ss. 52 y 72 de 1.991; 199/93, 14 junio; 221/93, 30 junio; 234/93, 12 julio; 310/93, 25 octubre; 33/94, 31 enero y Auto 223/92). Si se conoce la existencia del proceso antes de la firmeza de la Sentencia dictada en primera instancia en el juicio ejecutivo, debe interponerse el recurso de apelación, que actuará como de nulidad de actuaciones, pero en el caso de resultar negativa la pretensión de nulidad ejercitada mediante este recurso, no cabe acudir al recurso de casación porque no es admisible en los juicios ejecutivos, dado que la casación solo se da contra las resoluciones que expresamente prevé la Ley y no existe ningún precepto que permita sustentar su procedencia en dichos procesos. Una de las opciones imaginables es la de plantear un juicio declarativo ordinario encaminado a obtener la nulidad de actuaciones del juicio ejecutivo desde el requerimiento de pago y citación de remate. Ocorre sin embargo que la posibilidad de obtener la nulidad de un juicio a través de otro posterior, salvo precepto que lo autorice (ad. ex. art. 132 LH), sólo se concede a los terceros procesales, pues, según la doctrina jurisprudencial, no gozan de tal expectativa procesal el que ha sido parte, o haya podido intervenir en el proceso. Es cierto que en alguna ocasión la Sala 1ª del T.S. admitió a las partes la posibilidad de utilizar el juicio ordinario de nulidad de otro juicio, ora como sustitutivo del procedimiento no legislado del art. 53.2. de la Constitución, ora por razones muy especiales del caso, pero se trató de hipótesis, como el propio Tribunal reconoció, de carácter excepcional. En cualquier caso es evidente que la perspectiva procesal del juicio ordinario de nulidad es evidente que supone la utilización de un instrumento en exceso largo y costoso para el resultado que se pretende -mera nulidad de otro juicio-, con evidente demérito para el principio de economía procesal, que exige evitar todo inútil derroche de energías sociales. Se suele aducir que la posibilidad del juicio ordinario posterior viene dada, o determinada, por el art. 1.479 LEC. Este precepto se refiere a la no producción del efecto de cosa juzgada material por la sentencia recaída en el juicio ejecutivo. Tal limitación procesal supone la consideración de dicho juicio como una modalidad de proceso especial SUMARIO. Pero sucede que la "sumariedad" del ejecutivo, ya no se entiende, por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia dominante, en un sentido absoluto como posibilidad de "replantear" el tema litigioso en un juicio ordinario posterior, sino como una cuestión de límites objetivos, de forma que en dicho juicio posterior no cabe discutir lo que ya se debatió, ni lo que se pudo discutir suficientemente en el juicio sumario ejecutivo. Por ello, y en rigor técnico, no cabe contienda sobre temas procesales porque se consideran planteables en el propio juicio ejecutivo, sin que quepa distinguir según que el conocimiento de la existencia del proceso tenga lugar antes o después de la firmeza de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo. Pero aún en el caso de que se tomase en consideración la distinción anterior, y por ser firme ya la sentencia dictada en el juicio ejecutivo cuando se tomó conocimiento del mismo no cupiere la apelación, y por ende no fuere posible discutir en el propio proceso el tema procesal de la nulidad de actuaciones, se admitiese la posibilidad de acudir al juicio ordinario, con alegación o fundamento en el art. 1.479 LEC, es obvio que entonces el único objeto de este juicio sería la procedencia o no de la nulidad del juicio ejecutivo (en ningún caso el fondo del asunto), con lo que se daría lugar a un largo y costoso camino dirigido a obtener la ineficacia de las actuaciones a partir del requerimiento de pago y citación de remate, para al final del mismo volver a tramitar el juicio declarado nulo. Ante este panorama lo normal es pensar en acudir al recurso de amparo, pero esta opción, como vamos a ver, salvo una gran flexibilidad por parte del Tribunal Constitucional resulta también inviable. No es preciso insistir aquí en la conveniencia de dar satisfacción a los derechos en el campo de la legalidad ordinaria evitando además sobrecargar la tarea del T.C. en materia de amparo, y ello tanto más en los casos excepcionales en que el recurso de amparo no opera como subsidiario, que es su verdadera naturaleza, sino como directo -común y general de última instancia-. Lo ha dicho el propio TC en Ss. del Pleno nº 185/90, de 15 noviembre y Sala 1ª nº 289/93, de 4 de octubre: " será preciso interpretar las normas procesales que integran alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, esfuerzo interpretativo con algunos precedentes en el Tribunal (Ss. TC 10/1.984; 15/1.986; 110 y 148/1.988 y 22/1.989)". Pero es que también hay que señalar que, si bien cabría utilizar el recurso de amparo sin antes acudir a la vía del juicio declarativo ordinario de nulidad de actuaciones, porque la expresión "recursos" del art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha sido interpretada en sentido técnico procesal y no con referencia a otro proceso posible respecto de cuestiones decididas en juicio sumario (Stc. 242/1.991, de 16 de diciembre), no parece posible en cambio emplear la vía de amparo sin haber intentado antes el recurso de revisión, con base en la doctrina que exige agotar los medios reparadores que concede la legalidad ordinaria - aquellos normales y que de manera clara se manifiestan ejercitable y razonablemente exigibles- (Ss. 118/89, de 3 julio; 164/89, de 16 de octubre; 30/90, de 26 de febrero; 8/93, de 18 enero; 289/93, de 4 octubre). En tal sentido se ha manifestado

en relación con la revisión la STC. citada nº 242/1.991, de 16 de diciembre, debiendo añadirse que si bien el Tribunal Constitucional ha conocido de nulidades de juicio ejecutivos sin haberse agotado la vía del recurso de revisión, se trata de supuestos en que no aparecía con claridad la operatividad de dicho recurso (ad. ex. Ss. Sala 2ª 180/95, de 11 de diciembre; y 80/96, de 20 de mayo). En cualquier caso, aunque cupiere el amparo directo parece vía más rápida y sencilla la de la revisión, con lo que, como se dijo, no se conculca ninguna norma del ordenamiento jurídico. Por todo ello debe desestimarse la objeción formulada por la parte recurrida (demandada en el recurso de revisión), con la observación de que la extensión de la motivación expuesta viene justificada por las discrepancias existentes en relación con el tema examinado.”

La doctrina transcrita de la Sala haurà de reproduir-se, doncs, en el cas que s'examina per raó d'identitat amb el que s'acaba d'esmentar. Claudica així aquest primer motiu d'oposició, que, a més a més, fou del tot negligit per l'impugnat del recurs en l'acte de la vista oral. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon. - </hi> Pel que fa al fons de l'assumpte, ja s'ha indicat que la pretensió revisòria es fonamenta en la causa 4a de l'article 1.796 de la Llei d'enjudiciament civil; s'al·lega, més en concret, que la sentència ferma fou guanyada injustament per una maquinació fraudulenta, que la part recurrent situa en una manca de notificació del judici en el domicili real del demandat-executat. Atribueix aquesta mancança processal al fet que la demanda de judici executiu designà un domicili del demandat erroni, el del carrer Francesc d'Aranda, núm. 1004, 2n 2a, de Barcelona, essent així que l'entitat d'estalvi executant coneixia que el domicili correcte d'aquell era i continua essent l'ubicat en el carrer Àngel Guimerà núm. 128, 3r 2a, d'Esplugues de Llobregat, i aquest comportament processal va provocar la consegüent indefensió.

El cert és que de l'anàlisi del judici executiu núm. 688-91-B del Jutjat de Primera Instància núm. 37 de Barcelona i de les diligències practicades en aquest procediment de revisió resulta que la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona formulà (foli 122) demanda de judici executiu contra el Sr. Antonio Martínez Cortés en reclamació de la quantitat de 949.001 pessetes de principal, més interessos i costes a conseqüència de la formalització entre els litigants d'un contracte de préstec mutu mitjançant pòlissa intervinguda per fedatari mercantil, per un import de 1.000.000 de pessetes. L'esmentada Entitat d'Estalvi resultà creditora de la suma indicada per impagament de l'actor, usà la facultat rescissòria contractualment prevista, executà aquesta pòlissa; (foli 133) i es va dictar sentència d'execució (foli 152), que guanyà ferma en no haver estat apel·lada. Quan s'havia assenyalat ja la subhasta de la finca embargada per a rescabament de la creditora, l'executat referit comparegué en les actuacions (foli 190) manifestant, en síntesi, que “debido a un procedimiento anterior que se sigue en este mismo Juzgado como procedimiento hipotecario art. 131 de la L.H. con el nº 1385/90 C esta parte al cancelar la deuda y acudir al Registro de la Propiedad ha tenido conocimiento de la existencia del presente ejecutivo, motivo por el cual esta parte aporta justificante de ingreso por importe de 949.001 ptas., cantidad reclamada de principal y manifiesta a su vez que el presente procedimiento nunca ha sido notificado en el domicilio correcto del demandado...”, circumstància que, en definitiva, ha donat lloc al present procediment i n'ha esdevenint la qüestió axial.

I respecte a ella, s'observa que la demanda designa com a domicili del deutor el mateix que aquest va fer constar en la pòlissa de crèdit (foli 130), o sigui, el de Francesc d'Aranda núm. 104, 2n. Només en resultar negativa la diligència de requeriment de pagament, embargament i citació d'execució, atès que el demandat feia ja anys que havia canviat de domicili, segons expressà la portera de l'immoble (foli 135), la “Caixa” va presentar un altre escrit dient que s'havia assabentat que el domicili del demandat radicava en el carrer Àngel Guimerà núm. 102 (foli 136), i es reproduí en aquesta adreça l'esmentada diligència, però també amb resultat infructuós, en ser ocupat tal número del carrer per un Col·legi Públic (foli 142). Fou només llavors quan es va citar per edictes, amb els resultats abans esmentats.

En realitat, el deutor vivia i viu en el carrer indicat per la part executant, però no en el número 102, sinó en el 138, error que s'arrossegà des que “la Caixa” va assenyalar com a finca embargable al demandant el “piso tercero puerta segunda de la casa nº 102. antes 128, de la calle Angel Guimerà d'Esplugues de Llobregat...”, segons la transcripció registral que va facilitar al Jutjat, (foli 138), aclarida després pel mateix Registre de la Propietat, en el sentit que la finca embargada tenia com a descripció la de “Entidad dieciseis, piso tercero puerta segunda de la casa nº 128, antes 102”, certificació del Registre que s'incorporà a les actuacions després de dictada la sentència i, àdhuc, de la publicació de l'edicte de la seva notificació en el BOP.

L'error de la “Caixa” rau, doncs, en una inversió dels nombres, ja que el demandat vivia, no en el núm. 102, abans 128, com va indicar, sinó en el 128, abans 102, segons aclarí el Registre de la Propietat.

La solució de la contesa passa, en conseqüència, per esbrinar l'abast d'aquesta equivocació, ateses les restants circumstàncies concurrents, de les quals, insisteix el recurrent, que mereix especial consideració el fet que la mateixa entitat d'estalvi hagués seguit contra el mateix deutor un anterior procediment judicial sumari de l'art. 131 de la Llei hipotecària, en el qual havia designat el domicili correcte del demandat, ja que era el que figurava en l'escriptura de préstec hipotecari (foli 303).

</s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Respecte d'això, cal esmentar la recent sentència del Tribunal Constitucional de 24-2-1997, que resol un supòsit de considerable analogia al d'aquest procediment, dictada en matèria de citació edictal i que, refermant una línia ja consolidada, ensenya que “la cuestión que la demanda nos pone en suerte consiste en averiguar si los emplazamientos y las notificaciones edictales o en los estrados, ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real, afectan, o no, a la efectividad de la tutela judicial, que como derecho fundamental, se configura en la CE y cuya tacha más grave es la indefensión (art. 24.1 CE) para evitar que nadie pueda ser perjudicado en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos por una decisión judicial producida a sus espaldas, en el curso de un proceso donde no se le haya dado ocasión de comparecer para defenderse, si a bien lo tuviere. Consecuencia de ello es que los actos de comunicación del órgano jurisdiccional, y especialmente aquéllos que tienen como destinatario a quienes habrían de ser parte en el proceso, ofrezcan una singular trascendencia, por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de los derechos e intereses en litigio (STC 36/1987), previniendo así el riesgo de una conducta “inaudita parte”, sin ser oído y vencido en juicio. No puede haber victoria donde no hubo oportunidad de luchar, o dicho en lenguaje forense, litigar.. Por ello la citación o el emplazamiento hecho en edictos, cuya recepción por el destinatario del llamamiento judicial no puede ser demostrada, ha de entenderse necesariamente como un último y supletorio remedio al que sólo cabe acudir cuando efectivamente el domicilio no fuere conocido (SSTC 97/1992 y 193/1993, entre otras), siendo en principio compatible con el artículo 24.1 de la CE (STC 97/1992), siempre y cuando se llegue a la convicción razonable o a la certeza del hecho que le sirve de factor desencadenante, no ser localizable el demandado, a cuyo fin la oficina judicial ha de agotar las gestiones en averiguación del paradero por los medios normales a su alcance... pues bien, resulta que en el caso sometido a nuestra consideración el juez de primera instancia ordenó que se requiriera de pago y citar de remate a quien hoy solicita amparo en el domicilio señalado en la póliza de crédito (Carrer de M., núms. 5 y 6), donde resultó desconocida por tener su residencia habitual en la misma calle, pero en diferente edificio (núm. 17). Como consecuencia de ello, a petición de la sociedad ejecutante y sin realizar gestión alguna para averiguar cuál pudiera ser el domicilio de aquélla, se practicó el embargo en estrados, sin previo requerimiento de pago, citándola por edictos, mediante los cuales le fueron notificadas también la sentencia y las resoluciones posteriores, una vez abierta la vía de apremio, hasta llegar a la inscripción de la escritura otorgada a favor del adjudicatario del inmueble sobre el que se ejecutó la deuda en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, hubiera bastado con una atenta lectura de la documentación acompañada a la demanda para advertir que la demandada era localizable sin esfuerzo, pues en las hojas complementarias de la póliza (folio 6) figura Dª Alfonso G. trabajaba en el “bar B.”, situado en la calle S. núm. 11 de Palma de Mallorca. Es claro que si la demanda hubiera sido formulada con el cuidado deseable y la oficina judicial hubiera puesto una mayor atención en su lectura, se hubiera sabido desde un principio donde encontrar a la demandada para citarla personalmente, sin necesidad de acudir al subsidiario y excepcional método edictal, reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida. Así las cosas, no cabe duda de que, según lo dicho más arriba, se actuó con ligereza, volatilizandó así el derecho del litigante a obtener una tutela judicial efectiva y no meramente virtual. Desde la perspectiva contraria, no consta por otra parte que la demandada hubiera tenido conocimiento por otros cauces, entonces o después, de haberse incoado el proceso ejecutivo. En definitiva, y por lo dicho, ha de recibir el amparo que pide con el reconocimiento del derecho invocado y la adopción de las medidas necesarias para su íntegro restablecimiento.”

La sentència transcrita semblaria, “prima facie”, trasladable al cas que s'examina i, en conseqüència, mereixedor el recurrent de la tutela judicial que postula, davant la indefensió que hauria sofert per l'esmentada equivocació de la demandada; error que mai ha negat aquesta última.

Nogensmenys, un estudi més aprofundit palesa una substancial diferència entre ambdós supòsits des del moment que en la sentència del TC s'al·ludeix a una passivitat del demandant i de l'òrgan judicial que mena a que, davant el fracàs del primer intent de notificació, es passi, sense cap més activitat processal, a la citació edictal, això “sin realizar gestión alguna para averiguar cuál pudiera ser el domicilio”, cosa que contrasta amb l'activitat de la “Caixa” en el cas que s'examina, en el qual, fallida la primera citació en el domicili designat per el demandat en la pòlissa, aquella no resta inactiva, sinó que ofereix un segon domicili, que, si bé inexacte per una inversió del número (error sobre el qual ja es faran les corresponents consideracions), revela, malgrat tot, una voluntat indagatòria de la demandant antitètica, de la lleugeresa que acusa en l'altre cas el TC; cas que també presenta la substancial diferència que en el mateix figurava en les fulles complementàries de la pòlissa una altra adreça (lloc de treball de la prestatària), en la qual es podia intentar almenys la notificació, la qual cosa no s'esdevé en el present cas. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> En definitiva, ni la referida equivocació de la impugnant del recurs en el segon intent de la designació del domicili del prestatari, ni la contingència de que “la Caixa” hagués actuat anteriorment contra el mateix deutor per un procediment sumari hipotecari, gaudeixen de la virtualitat rescissòria de la sentència que es postula perquè:

a) D'entrada s'ha de partir que l'únic domicili que vinculava les parts era el que lliurament pactaren, o sigui, el del carrer Francesc d'Aranda 104, 2n 2a. Respecte d'això, el TS té dit (per exemple, sentència de 30-1-1993) que "el art. 40 del Código Civil sólo contiene en forma aproximada lo que debe entenderse por el domicilio de las personas naturales... pues también prevén los Ordenamientos los denominados domicilios legales, así como las vicinidades administrativas- no coincidentes siempre con el efectivo domicilio-, los de los comerciantes (art. 65 de la L.E.C.) y otros, como los de naturaleza exclusivamente procesal, foral, internacional, social, diplomática, de militares, domicilios oficiales, etc. Junto a estos existe el llamado domicilio electivo, en virtud del cual, los interesados en un determinado negocio prescinden de la domiciliación propia para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual que crean -domicilio por designación o efectivo-, produciendo así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante por no prohibirlo expresamente el Código Civil". El "pacta sunt servanda" delimitava, doncs, el domicili del mandat als efectes que ara interessien, i pesava sobre el mateix mandat l'obligació de notificació a l'entitat prestamista de qualsevol modificació. Portaria a la desmesura, a més de vulnerar l'esmentat principi, imposar, a l'empara de l'art. 24 de la CE i en nom de la tutela judicial efectiva, a un contractant la càrrega de la indefinida recerca d'un eventual nou domicili de l'altre atorgant, distint del fixat en el negoci jurídic que constitueix el nexa "inter partes"; és precisament l'incompliment d'aquest el que mobilitza la pretensió actora i delimita la relació litigiosa i el seu àmbit processal.

b) La passivitat del prestatari en la comunicació a l'entitat d'estalvis del canvi del domicili indicat en la pòlissa provoca efectes semblants als d'una voluntària assumptió del risc d'indefensió. Prou té dit el TS (per totes, sentència de 17-9-1993) que "no existe indefensión cuando la situación en la que pretende sustentarse ha sido provocada o permitida por quien la alega".

c) La designació per "La Caixa" en un moment del procés d'un domicili al carrer correcte però amb el número erroni per una descripció registral de la finca de recurrent que recull una alteració numèrica sota l'expressió "Número 102, antes 128", de tal manera que la correcta era la inversa, és a dir, "número 128, antes 102", el que precisament demostra és l'absència de signi espuri en l'aquí demandada, això, a més que tampoc pot presumir-se la mala fe, sinó al contrari (art. 7 i 1.258 del Codi civil), i és aquesta mateixa presumpció el que treu rellevància al fet que anteriorment les parts haguessin litigat en un procediment hipotecari en el qual es demandà l'actor en un domicili que finalment resultà ser el seu efectiu, ja que en aquell procés "la Caixa", com feu en el que ara s'intenta revisar, dirigí la interpel·lació judicial en el domicili pactat en el títol. A l'últim, en aquest ordre de consideracions, també cal indicar que subscriure la idea d'una actuació malèvola de "la Caixa" amb la finalitat de col·locar a l'altra part en indefensió, de manera que proporcionés intencionadament domicilis erronis en els quals practicar diligències amb coneixement previ del seu fracàs, no resulta intel·ligible, sobretot ateses les conseqüències retardatàries que això provoca i, per tant, de nul interès per a qualsevol creditor, del qual s'ha de presumir que aspira a reintegrar-se d'allò que va prestar tan aviat com sigui possible.

d) En definitiva, té dit aquesta Sala (per exemple, sentència núm. 4/96, de 5 de març,) que "el concepto de maquinación fraudulenta, tal como la formula la jurisprudencia que glosa el nº 4 del art. 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asocia a un proceder doloso que demuestra ánimo de dañar, de provocar indefensión mediante astucia, artificios, ardidés, argucias, maniobras, asechanzas que reflejan malicia (sentencia de 19-12-1990). Además del proceder malicioso -maquinación- es preciso que exista un nexo causal entre la conducta fraudulenta y la Resolución Judicial desfavorable para el demandante en revisión. Pasando de lo general a lo particular, la sentencia del 3 de julio de 1992, aprecia que es correcta la citación de la demandada, actual recurrente en revisión, para el juicio de menor cuantía promovido por el comprador en el domicilio que ella misma designó espontáneamente en el documento privado en que se convino la compraventa. Muy recientemente, la sentencia de 4 de Noviembre de 1996 estima el emplazamiento en el domicilio que figura en el contrato, sin que sea exigible "una actividad policíaca de indagación y pesquisas que exceden en mucho a la simple diligencia de resultados positivos y seguros y con suficiente intensidad para despojar de todo su valor al domicilio del contrato, donde se practicó el emplazamiento judicial"; doctrina aquesta que resulta aplicable "in integrum" al cas examinat i que provoca el refús de la pretensió revisòria per tot el ja abans raonat. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> L'article 1.809 de la Llei d'enjudiciament civil disposa que quan el recurs de revisió es declari improcedent es condemnarà al pagament de les costes i a la pèrdua del dipòsit a aquell que l'hagués promogut. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>ATESES les disposicions legals citades i les altres que hi són d'aplicació. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que DESESTIMEM el recurs de revisió formulat per la representació processal del senyor Antonio Martínez Cortés pel que fa a la pretensió de la rescissió de la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 37 de Barcelona en les actuacions de judici executiu núm. 688/91-B, amb expressa imposició de les costes causades i la pèrdua del dipòsit constituït:

Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.
Així ho acordem, ho manem i ho signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Antonio Martínez Cortés / Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducción </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión: naturaleza jurídica.- Recurso de revisión: procedencia contra sentencias dictadas en juicio ejecutivo.- Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas: requisitos.- Citación por edictos: requisitos.- Domicilio: concepto y clases.- Buena fe y presunción de buena fe.- Tutela judicial efectiva.- Indefensión.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, recurso extraordinario de revisión interpuesto por D. Antonio Martínez Cortés, representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Bertrán Santamaría y defendido por el Letrado D. Odón Marzal Maquet, contra la sentencia dictada con fecha 10 de noviembre de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona, en el juicio ejecutivo 688/91 B seguido a instancias de Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**HECHOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Procurador Sr. Bertrán Santamaría, en representación acreditada de D. Antonio Martínez Cortés, mediante escrito de fecha 16 de julio de 1966, interpuso demanda de recurso de revisión contra la sentencia dictada con fecha 10 de noviembre de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia nº 37 de esta ciudad en juicio ejecutivo nº 688/91-B siendo partes la aquí demandada en revisión Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona contra D. Antonio Martínez Cortés.

El presente recurso se basa en los motivos siguientes:

1. Al amparo del art. 1796.4º LEC por haberse ganado injustamente sentencia firme.
2. De conformidad con el art. 1797 y 1800 LEC por no haber pasado 5 años desde la publicación de la sentencia.
3. De conformidad con el art. 1798 LEC, ya que el recurso se interpuso sin que hayan transcurrido tres meses desde que se descubrió el fraude, que fue el 18 de abril de 1966 al efectuarse comparecencia voluntaria de ingreso del principal reclamado.

Alegados los hechos y fundamentos de derechos oportunos, acababa solicitando a la Sala que, cumplidos los trámites pertinentes, se dictase sentencia rescindiendo en todos sus puntos la sentencia firme impugnada, como también que se impusiesen las costas a la parte contraria. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Por providencia de fecha 17 de julio de 1966, se tuvo por presentado el escrito y los documentos formándose el rollo oportuno, registrándose en el libro correspondiente. Designándose apud acta al Procurador Sr. Bertrán Santamaría. Señalándose día y hora para la ratificación y ordenando testimoniar el resguardo de depósito, quedando el original bajo custodia del Secretario, y designándose Ponente. Por diligencia de 30 de julio de 1996 se tuvo por hecha la comparecencia prevista en el art. 281.3 de la LOPJ, teniendo por legítima parte, en nombre del recurrente, al Procurador D. Fernando Bertrán Santamaría; por interpuesto el recurso de revisión y, según lo dispuesto en el art. 1801, párrafo 2º de la LEC, acordando reclamar los antecedentes del pleito al expresado Juzgado, disponiendo fueran citados dentro de plazo todos los litigantes en los presentes autos para que en el el plazo de cuarenta días compareciesen a sostener lo que a su derecho convenga, con entrega de cédula y copias correspondientes. Por providencia de 21 de octubre de 1996 se tuvo por comparecido y parte a la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona y, en su nombre y representación, al Procurador D. Carlos Testor Ibars, que impugnó el recurso, teniendo así por evacuado el trámite de contestación. Por providencia de 19 de diciembre pasado, se acordó recibir el pleito a prueba por plazo de veinte días comunes a las partes para proponerla y practicarla formándose los correspondientes ramos separados llevándose a cabo la propuesta y declarada pertinente con el resultado que consta en autos. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Por providencia de 27 de enero de 1997, acordando la unión a los autos de las pruebas practicadas, el pleito quedó visto para sentencia. Por providencia de 24 de febrero de 1997, porque lo había solicitado la parte recurrente, señalándose para la celebración de la vista el día 3 de abril a las 11 horas, ésta se celebró con la asistencia de los Letrados y Procuradores de ambas partes. La recurrente solicitó se admitiese el recurso y se rescindiese la sentencia objeto de recurso con condena expresa en costas a la parte contraria. La recurrida solicitó se accediese al recurso y se mantuviesen todos los términos de la sentencia firme. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PONÇ FELIÚ LLANSA. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

Primer. - En el presente recurso de revisión, promovido por D. Fernando Bertrán Santamaría contra la Sentencia firme dictada en el juicio ejecutivo nº 688/91-B del Juzgado de 1ª Instancia nº 37 de Barcelona, con fundamento en la causa 4ª del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula como primera causa de oposición la entidad demandada “Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona” una excepción procesal atinente a la misma admisibilidad del recurso, ya que alega que mediante éste se pretende combatir una resolución judicial dictada en un procedimiento sumario que -razona la entidad de Ahorro demandada-, por definición, no cierra el proceso, puesto que siempre hubiese podido acudir el demandante a un juicio ordinario y evitar así adular la finalidad propia del presente recurso, que es excepcional y de naturaleza extraordinaria.

Plantea, pues, la demanda una cuestión capital que ya de oficio hubiese examinado la Sala por exigencias de orden público procesal y ante la que hay que hacer las siguientes consideraciones:

a) El juicio de revisión, ya previsto en Las Partidas como remedio “para desatar el juicio que es dado por falsas cartas o por falsas pruebas o contra ley” (título XXVI Partida Tercera) y que posteriormente desapareció con la codificación, fue reintroducido, primero, en el ámbito del enjuiciamiento criminal y, finalmente, también en el civil y, recogiendo la vigente Ley procesal civil de 1881, ha permanecido prácticamente inalterable hasta la actualidad. En cualquier caso, se prevea como un genuino recurso o como un simple sistema de impugnación de sentencias firmes, lo que ha llegado a ser pacífico es su naturaleza subsidiaria, que es tanto como decir que sólo puede prosperar cuando la sentencia firme combatida comporta el agotamiento definitivo de la cuestión, lo que, en principio, no puede predicarse de procedimientos sumarios, pues el objeto litigioso, efectivamente, puede ser reproducido en un posterior proceso, y así lo ha recogido la jurisprudencia que tiene dicho (por ejemplo, sentencias de 31.12.1990 y 20.11.1993) que “El artículo 1797 de la ley de Enjuiciamiento Civil sólo permite el excepcional y extraordinario recurso de revisión frente a una sentencia firme, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno, condición de firmeza que no es predicable de las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, ya que las mismas, conforme establece el art. 1479 de la LEC no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión”.

Parecería, pues, “prima facie”, que tendría que acogerse esta primera causa de impugnación y rechazarse la pretensión actora porque dicho motivo de inadmisión se convertiría en este trámite en causa de desestimación.

b) Sin embargo, en un supuesto prácticamente análogo, dijo la Sala en la reciente sentencia nº 35/96 de 23 de diciembre, y en una transcripción literal, que "...debe desestimarse la objeción procesal formulada por la parte recurrida consistente en que no puede ser objeto de recurso de revisión una sentencia recaída en juicio ejecutivo, porque, sin perjuicio de reconocer que el tema es polémico doctrinal y jurisprudencialmente, esta Sala entiende que es factible tal posibilidad, singularmente cuando se trata de la causa de rescisión por maquinación fraudulenta del nº 4 del artículo 1.796 LEC en su modalidad de ocultación maliciosa del domicilio que da lugar a un emplazamiento ficticio que no permite al demandado-ejecutado en el juicio ejecutivo conocer la existencia del proceso, de tal modo que se ve sorprendido con un apremio contra su patrimonio sin la mínima posibilidad de discutir el título mediante la invocación de las excepciones y causas de nulidad que pudieran asistirle, sin que ni siquiera le quede la posibilidad de suscitadas en un juicio ordinario posterior, situación que genera una evidente indefensión, y por ende implica un flagrante atentado al principio constitucional de tutela judicial efectiva. La solución del problema de la indefensión de tal naturaleza podía venir dada por el desarrollo legislativo del apartado dos del art. 53 de la Constitución, que permitiría a cualquier ciudadano recabar la tutela del derecho fundamental vulnerado, ante un Tribunal ordinario, y por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Pero tal carencia exige examinar las posibilidades procesales de "lege data", tema que presenta una cierta complejidad, pues no todas las previsibles se admiten como viables, algunas son dudosas hasta el punto de que su hipotético planteamiento conlleva el riesgo de un resultado formal negativo (eventual declaración de inadecuación del procedimiento), y, desde luego, entre las factibles (con seguridad o hipotéticamente), la más sencilla, rápida y económica, y por consiguiente más eficaz, es el recurso de revisión. En argumentación de lo que se acaba de decir, debe destacarse, en primer lugar, que el ejecutado no puede plantear el recurso de audiencia al rebelde porque se lo veda expresamente el art. 789 LEC. Tampoco puede formular una petición de nulidad de actuaciones ante el propio órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia en el juicio ejecutivo porque, al tratarse de una resolución definitiva, ello no es posible de conformidad con lo establecido en el art. 240.2 de la ley Orgánica del Poder Judicial y doctrina del Tribunal Constitucional dictada en su aplicación a partir de la Sentencia del Pleno nº 185/1.990, de 15 de noviembre, (entre otras, Ss. 52 y 72 de 1.991; 199/93, 14 de junio; 221/93, 30 de junio; 234/93, 12 de julio; 310/93, 25 de octubre; 33/94, 31 de enero y Auto 223/92). Si se conoce la existencia del proceso antes de la firmeza de la Sentencia dictada en primera instancia en el juicio ejecutivo, debe interponerse el recurso de apelación, que actuará como de nulidad de actuaciones, pero en el caso de resultar negativa la pretensión de nulidad ejercitada mediante este recurso, no cabe acudir al recurso de casación porque no es admisible en los juicios ejecutivos, dado que la casación sólo se da contra las resoluciones que expresamente prevé la Ley y no existe ningún precepto que permita sustentar su procedencia en dichos procesos. Una de las opciones imaginables es la de plantear un juicio declarativo ordinario encaminado a obtener la nulidad de actuaciones del juicio ejecutivo desde el requerimiento de pago y citación de remate. Ocurre sin embargo que la posibilidad de obtener la nulidad de un juicio a través de otro posterior, salvo precepto que lo autorice (Ad. ex. art. 132 LH), sólo se concede a los terceros procesales, pues, según la doctrina jurisprudencial, no gozan de tal expectativa procesal el que ha sido parte, o haya podido intervenir en el proceso. Es cierto que en alguna ocasión la Sala 1ª del T.S. admitió a las partes la posibilidad de utilizar el juicio ordinario de nulidad de otro juicio, ora como sustitutivo del procedimiento no legislado del art. 53.2 de la Constitución, ora por razones muy especiales del caso, pero se trató de hipótesis, como el propio Tribunal reconoció, de carácter excepcional. En cualquier caso es obvio que la perspectiva procesal del juicio ordinario de nulidad es evidente que supone la utilización de un instrumento en exceso largo y costoso para el resultado que se pretende -mera nulidad de otro juicio-, con evidente demérito para el principio de economía procesal, que exige evitar todo inútil derroche de energías sociales. Se suele aducir que la posibilidad del juicio ordinario posterior viene dada, o determinada, por el art. 1.479 LEC. Este precepto se refiere a la no producción del efecto de cosa juzgada material por la sentencia recaída en el juicio ejecutivo. Tal limitación procesal supone la consideración de dicho juicio como una modalidad de proceso especial SUMARIO. Pero sucede que la "sumariedad" del ejecutivo, ya no se entiende, por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia dominante, en un sentido absoluto como posibilidad de "replantear" el tema litigioso en un juicio ordinario posterior, sino como una cuestión de límites objetivos, de forma que en dicho juicio posterior no cabe discutir lo que ya se debatió, ni lo que se pudo discutir suficientemente en el juicio sumario ejecutivo. Por ello, y en rigor técnico, no cabe contienda sobre temas procesales porque se consideran planteables en el propio juicio ejecutivo, sin que quepa distinguir según que el conocimiento de la existencia del proceso tenga lugar antes o después de la firmeza de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo. Pero aún en el caso de que se tomase en consideración la distinción anterior, y por ser firme ya la sentencia dictada en el juicio ejecutivo cuando se tomó conocimiento del mismo no cupiere la apelación, y por ende no fuere posible discutir en el propio proceso el tema procesal de la nulidad de actuaciones, se admitiese la posibilidad de acudir al juicio ordinario, con alegación o fundamento en el art. 1.479 LEC, es obvio que entonces el único objeto de este juicio sería la procedencia o no de la nulidad en el juicio ejecutivo, en ningún caso el fondo del asunto), con lo que se daría lugar a un largo y costoso camino dirigido a obtener la ineficacia de las actuaciones a partir del requerimiento de pago y citación de remate, para al final del mismo volver a tramitar el juicio declarado nulo. Ante este panorama lo normal es pensar en acudir al recurso de amparo, pero esta opción, como vamos a ver, salvo una gran flexibilidad por parte del Tribunal Constitucional resulta también inviable. No es preciso insistir aquí en la conveniencia de dar satisfacción a los derechos en el campo de la legalidad ordinaria evitando además sobrecargar la tarea del TC en materia de amparo, y ello tanto más en los casos excepcionales en que el recurso de amparo no opera como subsidiario, que es su verdadera naturaleza, sino como directo -común y general de última instancia-. Lo ha dicho el propio TC en Ss. del Pleno nº 185/90, de 15 de noviembre y Sala 1ª nº 289/93, de 4 de octubre: "será preciso interpretar las normas procesales que integran alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, esfuerzo interpretativo con algunos precedentes en el Tribunal (Ss. TC 10/1984; 15/1986; 110 y 148/1988 y 22/1989) ". Pero es que también hay que señalar que, si bien cabría utilizar el recurso de amparo sin antes acudir a la vía del juicio declarativo ordinario de nulidad de actuaciones, porque la expresión "recursos" del art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha sido interpretada en sentido técnico procesal y no con referencia a otro proceso posible respecto de cuestiones decididas en juicio sumario (Stc. 242/1991, de 16 de diciembre), no parece posible en cambio emplear la vía de amparo sin haber intentado antes el recurso de revisión, con base en la doctrina que exige agotar los medios reparadores que concede la legalidad ordinaria -aquellos normales y que de manera clara se manifiestan ejercitable y razonablemente exigibles -(Ss. 118/89, de 3 julio; 164/89, de 16 de octubre; 30/90, de 26 de febrero; 8/93, de 18 de enero;

289/93, de 4 de octubre). En tal sentido se ha manifestado en relación con la revisión la STC. citada nº 242/1991, de 16 de diciembre, debiendo añadirse que si bien el Tribunal Constitucional ha conocido de nulidades de juicio ejecutivo sin haberse agotado la vía del recurso de revisión, se trata de supuestos en que no aparecía con claridad la operatividad de dicho recurso (ad. ex. S. Sala 2ª 180/95, de 11 de diciembre; y 80/96, de 20 de mayo). En cualquier caso, aunque cupiere el amparo directo, parece vía más rápida y sencilla la de la revisión, con lo que, como se dijo, no se conculca ninguna norma del ordenamiento jurídico. Por todo ello debe desestimarse la objeción formulada por la parte recurrida (demandada en el recurso de revisión), con la observación de que la extensión de la motivación expuesta viene justificada por las discrepancias existentes en relación con el tema examinado.

La doctrina transcrita de la Sala tendrá que reproducirse, pues, en el caso que se examina por razón de identidad con lo que se acaba de mencionar. Claudica así este primer motivo de oposición, que, además, fue desatendido por lo impugnante del recurso en el acto de la vista oral. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">Segundo. - </hi>Respecto del fondo del asunto, ya se ha indicado que la pretensión revisoria se fundamenta en la causa 4ª del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se alega, en concreto, que la sentencia firme se ganó injustamente por una maquinación fraudulenta, que la parte recurrente sitúa en una falta de notificación del juicio en el domicilio real del demandado-ejecutado. Atribuye esta carencia procesal al hecho de que la demanda de juicio ejecutivo designó un domicilio del demandado erróneo, el de la calle Francesc d'Aranda nº 1004, 2º 2ª, de Barcelona, siendo así que la entidad de ahorro ejecutante conocía que el domicilio correcto de aquél era y continúa siendo el ubicado en la calle Angel Guimerá nº 128, 3º 2ª, de Esplugues de Llobregat, y este comportamiento procesal provocó la consiguiente indefensión.

Lo cierto es que del análisis del juicio ejecutivo nº 688-91-B del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona y de las diligencias practicadas en este procedimiento de revisión resulta que la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona formuló (folio 122) demanda de juicio ejecutivo contra D. Antonio Martínez Cortés en reclamación de la cantidad de 949.001 pesetas de principal, más intereses y costas a consecuencia de la formalización entre los litigantes de un contrato de préstamo mutuo mediante póliza intervenida por fedatario mercantil, por un importe de 1.000.000 de pesetas. La expresada Entidad de Ahorro resultó acreedora de la suma indicada por impago del actor, usó la facultad rescisoria contractualmente prevista, ejecutó esta póliza; (folio 133) y se dictó sentencia de ejecución (folio 152), que ganó firmeza al no haber sido apelada: Cuando se había señalado ya la subasta de la finca embargada para resarcimiento de la acreedora, el referido ejecutado compareció en los autos (folio 190) manifestando, en síntesis, que “debido a un procedimiento anterior que se sigue en este mismo Juzgado como procedimiento hipotecario art. 131 de la LH con el nº 1385/90 C esta parte al cancelar la deuda y acudir al registro de la Propiedad ha tenido conocimiento de la existencia del presente ejecutivo, motivo por el cual esta parte aporta justificante de ingreso por importe de 949.001 ptas., cantidad reclamada de principal y manifiesta a su vez que el presente procedimiento nunca ha sido notificado en el domicilio correcto del demandado...”, circunstancia que, en definitiva, ha dado lugar al presente procedimiento y ha causado la cuestión axial.

Y respecto de ella, se observa que la demanda designa como domicilio del deudor el mismo que éste hizo constar en la póliza de crédito (folio 130), o sea, el de Francesc d'Aranda 104, 2º. Sólo al resultar negativa la diligencia de requerimiento de pago, embargo y citación de ejecución, puesto que el demandado hacía ya años que había cambiado de domicilio, según expresó la portera del inmueble (folio 135), la “Caixa” presentó otro escrito diciendo que se había enterado que el domicilio del demandado radicaba en la calle Angel Guimerá 102 (folio 136), y se reprodujo en esta dirección la expresada diligencia, pero también con resultado infructuoso, al ser ocupado tal número de la calle por un Colegio Público (folio 142). Fue sólo entonces cuando se citó por edictos, con los resultados antes expresados.

En realidad, el deudor vivía y vive en la calle indicada por la parte ejecutante, pero no en el número 102, sino en el 138, error que se arrastró desde que “La Caixa” señaló como finca embargable al demandante el “piso tercero puerta segunda de la casa nº 102 antes 128, de la calle Angel Guimerá de Esplugues de Llobregat...”, según la transcripción registral que facilitó al Juzgado, (folio 138), aclarada después por el mismo Registro de la Propiedad, en el sentido de que la finca embargada tenía como descripción la de “Entidad dieciséis, piso tercero puerta segunda de la casa nº 128, antes 102”, certificación del Registro que se incorporó a los autos después de dictada la sentencia e, incluso, de la publicación del edicto de su notificación en el BOP.

El error de la “Caixa” reside, pues, en una inversión de los números, ya que el demandado vivía, no el nº 102, antes 128, como indicó, sino en el 128, antes 102, según aclaró el Registro de la Propiedad.

La solución de la contienda pasa, en consecuencia, por averiguar el alcance de esta equivocación, dadas las restantes circunstancias concurrentes, de las que, insiste el recurrente, merece especial consideración el hecho de que la misma entidad de ahorro hubiese seguido contra el mismo deudor un anterior procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, en el que había designado el domicilio correcto del demandado, ya que era el que figuraba en la escritura de préstamo hipotecario (folio 303). </s></p></div3>

<div3 n=3>

Tercero. - Respecto a ello, hay que mencionar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 24.2.1997, que resuelve un supuesto de considerable analogía al de este procedimiento, dictada en materia de citación edictal y que, reafirmando una línea ya consolidada, enseña que “la cuestión que la demanda nos pone en suerte consiste en averiguar si los emplazamientos y las notificaciones edictales o en los estrados, ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real, afectan, o no, a la efectividad de la tutela judicial, que como derecho fundamental, se configura en la CE y cuya tacha más grave es la indefensión (art. 24.1 CE) para evitar que nadie pueda ser perjudicado en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos por una decisión judicial producida a sus espaldas, en el curso de un proceso donde no se le haya dado ocasión de comparecer para defenderse, si a bien lo tuviere. Consecuencia de ello es que los actos de comunicación del órgano jurisdiccional, y especialmente aquellos que tienen como destinatario a quienes habrían de ser parte en el proceso, ofrezcan una singular trascendencia, por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de los derechos e intereses en litigio (STC 36/1987), previniendo así el riesgo de una conducta “inaudita parte”, sin ser oído y vencido en juicio. No puede haber victoria donde no hubo oportunidad de luchar, o dicho en lenguaje forense, litigar. Por ello la citación o el emplazamiento hecho en edictos, cuya recepción por el destinatario del llamamiento judicial no puede ser demostrada, ha de entenderse necesariamente como un último y supletorio remedio al que sólo cabe acudir cuando efectivamente el domicilio no fuere conocido (SSTC 97/1992 y 193/1993, entre otras), siendo en principio compatible con el artículo 24.1 de la CE (STC 97/1992) siempre y cuando se llegue a la convicción razonable o a la certeza del hecho que le sirve de factor desencadenante, no ser localizable el demandado, a cuyo fin la oficina judicial ha de agotar las gestiones en averiguación del paradero por los medios normales a su alcance... pues bien, resulta que en el caso sometido a nuestra consideración el juez de primera instancia ordenó que se requiriera de pago y citar de remate a quien hoy solicita amparo en el domicilio señalado en la póliza de crédito (Calle de M. nº 5 y 6), donde resultó desconocida por tener su residencia habitual en la misma calle, pero en diferente edificio (nº 17). A consecuencia de ello, a petición de la sociedad ejecutante y sin realizar gestión alguna para averiguar cuál pudiera ser el domicilio de aquella, se practicó el embargo en estrados, sin previo requerimiento de pago, citándola por edictos, mediante los cuales le fueron notificadas también la sentencia y las resoluciones posteriores, una vez abierta la vía de apremio, hasta llegar a la inscripción de la escritura otorgada a favor del adjudicatario del inmueble sobre el que se ejecutó la deuda en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, hubiera bastado con una atenta lectura de la documentación acompañada a la demanda para advertir que la demandada era localizable sin esfuerzo, pues en las hojas complementarias de la póliza (folio 6) figura Dª. Alfonsa G. trabajaba en el “bar B.” situado en la calle S. nº 11 de Palma de Mallorca. Es claro que si la demanda hubiera sido formulada con el cuidado deseable y la oficina judicial hubiera puesto una mayor atención en su lectura, se hubiera sabido desde un principio donde encontrar a la demandada para citarla personalmente, sin necesidad de acudir al subsidiario y excepcional método edictal, reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida. Así las cosas, no cabe duda de que, según lo dicho más arriba, se actuó con ligereza, volatilizandando así el derecho del litigante a obtener una tutela judicial efectiva y no meramente virtual. Desde la perspectiva contraria, no consta por otra parte que la demandada hubiera tenido conocimiento por otros cauces, entonces o después, de haberse incoado el proceso ejecutivo. En definitiva, y por lo dicho, ha de recibir el amparo que pide con el reconocimiento del derecho invocado y la adopción de las medidas necesarias para su íntegro restablecimiento.”

La sentencia transcrita parecería, “prima facie”, trasladable al caso que se examina y, en consecuencia, merecedor el recurrente de la tutela judicial que postula, ante la indefensión que habría sufrido por la expresada equivocación de la demandada; error que nunca ha negado esta última.

Sin embargo, un estudio más profundo evidencia una sustancial diferencia entre ambos supuestos desde el momento que en la sentencia del TC se alude a una pasividad del demandante y del órgano judicial que conduce a que, ante el fracaso del primer intento de notificación, se pase, sin ninguna actividad procesal más, a la citación edictal, ello “sin realizar gestión alguna para averiguar cual pudiera ser el domicilio”, cosa que contrasta con la actividad de la “Caixa” en el caso examinado, en el que, fallida la primera citación en el domicilio designado por el demandado en la póliza, aquella no queda inactiva, sino que ofrece un segundo domicilio, que, si bien inexacto por una inversión del número (error sobre el que ya se harán las correspondientes consideraciones), revela, a pesar de todo, una voluntad indagatoria de la demandante antitética, de la ligereza que acusa en el otro caso el TC; caso que también presenta la sustancial diferencia que en el mismo figuraba en las hojas complementarias de la póliza otra dirección (lugar de trabajo de la prestataria), en la que se podía intentar al menos la notificación, la cual no se ha producido en el presente caso.

Cuarto.

En definitiva, ni la referida equivocación de la impugnante del recurso en el segundo intento de la designación del domicilio del prestatario, ni la contingencia de que “la Caixa” hubiese actuado anteriormente contra el mismo deudor por un procedimiento sumario hipotecario, gozan de la virtualidad rescisoria de la sentencia que se postula porque:

a) De entrada se tiene que partir que el único domicilio que vinculaba a las partes era el que libremente pactaron, o sea, el de la calle Francesc d' Aranda 104, 2º 2º. Respecto a esto, el TS tiene dicho (por ejemplo, sentencia de 30.1.93) que "el art. 40 del Código Civil sólo contiene en forma aproximada lo que debe entenderse por el domicilio de las personas naturales... pues también prevén los Ordenamientos los denominados domicilios legales, así como las vicinidades administrativas -no coincidentes siempre con el efectivo domicilio-, los de los comerciantes (art. 65 de la L.E.C.) y otros, como los de naturaleza exclusivamente procesal, foral, internacional, social, diplomática, de militares, domicilios oficiales, etc... Junto a estos existe el llamado domicilio electivo, en virtud del cual, los interesados en un determinado negocio prescinden de la domiciliación propia para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual que crean -domicilio por designación o efectivo-, produciendo así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante por no prohibirlo expresamente el Código Civil". El "pacta sunt servanda" delimitaba, pues, el domicilio del demandado a los efectos que ahora interesan, y pesaba sobre el mismo demandado la obligación de notificación a la entidad prestamista de cualquier modificación. Llevaría a la desmesura, además de vulnerar el expresado principio, imponer, al amparo del art. 24 de la CE y en nombre de la tutela judicial efectiva, a un contratante la carga de la indefinida búsqueda de un eventual nuevo domicilio del otro otorgante, distinto del fijado en el negocio jurídico que constituye el nexo "inter partes"; es precisamente el incumplimiento de éste lo que moviliza la pretensión actora y delimita la relación litigiosa y su ámbito procesal.

b) La pasividad del prestatario en la comunicación a la entidad de ahorros del cambio de domicilio indicado en la póliza provoca efectos parecidos a los de una voluntaria asunción del riesgo de indefensión. Bastante tiene dicho el TS (por todas, sentencia de 17.9.1993) que "no existe indefensión cuando la situación en la que pretende sustentarse ha sido provocada o permitida por quien la alega".

c) La designación por "La Caixa" en un momento del proceso de un domicilio en la calle correcta pero con el número erróneo por una descripción registral de la finca del recurrente que recoge una alteración numérica bajo la expresión "Número 102, antes 128", de tal modo que la correcta era la inversa, es decir, "número 128, antes 102", lo que precisamente demuestra es la ausencia de designio espurio en la aquí demandada, ello, además de que tampoco puede presumirse la mala fe, sino al contrario (art. 7 y 1.258 del Código Civil), y es esta misma presunción lo que resta relevancia al hecho de que anteriormente las partes hubiesen litigado en un pleito hipotecario en el que se demandó al actor en un domicilio que finalmente resultó ser el suyo efectivo, ya que en aquel proceso "la Caixa", como hizo en el que ahora se intenta revisar, dirigió la interpelación judicial en el domicilio pactado en el título. Por último, en este orden de consideraciones, también hay que indicar que suscribir la idea de una actuación malévola de "la Caixa" con la finalidad de colocar a la otra parte en indefensión, de modo que proporcionase intencionadamente domicilios erróneos en los que practicar diligencias con conocimiento previo de su fracaso, no resulta inteligible, sobre todo vistas las consecuencias retardatarias que ello provoca y, por tanto, de nulo interés para cualquier acreedor, de quien tiene que presumirse que aspira a reintegrarse aquello que prestó tan pronto como sea posible.

d) En definitiva, tiene dicho esta Sala (por ejemplo, sentencia nº 4/96, de 5 de marzo) que "el concepto de maquinación fraudulenta, tal como la formula la jurisprudencia que glosa el nº 4 del art. 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asocia a un proceder doloso que demuestra ánimo de dañar, de provocar indefensión mediante astucia, artificios, ardides, argucias, maniobras, asechanzas que reflejan malicia, (sentencia de 19.12.1990). Además del proceder malicioso -maquinación- es preciso que exista un nexo causal entre la conducta fraudulenta y la Resolución Judicial desfavorable para el demandante en revisión. Pasando de lo general a lo particular, la sentencia del 3 de julio de 1992, aprecia que es correcta la citación de la demandada, actual recurrente en revisión, para el juicio de menor cuantía promovido por el comprador en el domicilio que ella misma designó espontáneamente en el documento privado en que se convino la compraventa. Muy recientemente, la sentencia de 4 de noviembre de 1996 estima el emplazamiento en el domicilio que figura en el contrato, sin que sea exigible "una actividad policíaca de indagación y pesquisas que exceden en mucho a la simple diligencia de resultados positivos y seguros y con suficiente intensidad para despojar de todo su valor al domicilio del contrato, donde se practicó el emplazamiento judicial"; doctrina esta que resulta aplicable "in integrum" al caso examinado y que provoca el rechazo de la pretensión revisoria por todo lo anteriormente razonado. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">Quinto. - </hi>El artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que cuando el recurso de revisión se declare improcedente se condenará al pago de las costas y a la pérdida del depósito a quien lo haya promovido. </s></p></div3>

<div3><p><s>VISTAS las disposiciones legales citadas y resto de pertinente aplicación. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Que DESESTIMAMOS el recurso de revisión formulado por la representación procesal de D. Antonio Martínez Cortés respecto de la pretensión de rescisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona en los autos de juicio ejecutivo nº 688/91-B, con expresa imposición de las costas causadas y la pérdida del depósito constituido:

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 30 D'ABRIL DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Edificis J.M., S.A. / Carme Pujol i Aguilar i altres</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió: naturalesa jurídica i funcions.- Recurs de revisió: no s'escau contra la sentència que declara la nul·litat d'actuacions.- Sentència ferma: noció.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats expressats al marge, el recurs de revisió, contra la sentència ferma dictada per l'Audiència Provincial de Lleida, Secció Segona, de data 19 d'abril de 1996, en el recurs d'apel·lació núm. 213/96 interposat contra la sentència del Jutjat de Primera Instància de Tremp, dictada en les actuacions del judici de cognició núm. 167/95, promogudes per la representació legal de la Mercantil "Edificis J.M., Societat Anònima", domiciliada a Barcelona, contra el Sr. José Pujol Subirada, de parador ignorat, contra els hereus ignorats i l'herència jacent del Sr. José Pujol Subirada, així mateix en parador ignorat, i contra la Sra. Carmen Pujol, amb domicili a Barcelona. El recurs va ser interposat per l'esmentada Mercantil "Edificis J.M., Societat Anònima", representada pel procurador Sr. Arturo Cot Montserrat i defensada pel lletrat Sr. Pompilio Roiger Blanch; La part apel·lada ha estat la Sra. Carmen Pujol Aguilar, representada pel procurador Sr. Francisco Ruiz Castel i defensada per la lletrada habilitada Sra. M. Luisa Llimiñana Montanuy; i el Sr. José Pujol Subirada i els hereus ignorats i l'herència jacent del Sr. José Pujol Subirada, tots ells incompareguts i declarats en rebel·lia.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> El procurador dels tribunals Sr. Arturo Cot Montserrat, en nom i representació d'Edificis J.M., Societat Anònima, va interposar recurs de revisió, a l'empara de l'art. 1796 i següents de la Llei d'enjudiciament civil, contra la sentència ferma dictada per l'Audiència Provincial de Lleida, Secció Segona, en data 19 d'abril de 1996, dictada en el rotlle d'apel·lació de la dictada a les actuacions de judici de cognició del Jutjat de Primera Instància de Tremp, seguides entre les parts esmentades. Un cop establerts els fets i fonaments de dret que va estimar pertinents, va acabar demanant que es dictés una sentència en què s'admetés el recurs i en què es rescindís tota la sentència impugnada; que s'expedís certificació de la decisió i que es tornessin les actuacions judicials al Jutjat d'on procedien, a l'efecte de l'art. 1807 de la Llei processal. </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Complerts els requisits legals i previs els tràmits oportuns, es va admetre a tràmit la demanda de procés civil de recurs de revisió i es va disposar i fer, en la forma legal, la citació a termini dels demandats en revisió, i només hi va comparèixer la demandada Sra. Carmen Pujol Aguilar, que el va impugnar al·legant el que convenia al seu dret i demanant que es dictés una sentència en la qual es declarés la improcedència del recurs i que es condemnés l'actor al pagament de les costes i a la pèrdua del dipòsit. </s></p>
 </div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Un cop transcorregut el termini de la citació a termini, sense que compareguessin els altres demandats en revisió Sr. José Pujol Subirada i els hereus ignorats i l'herència jacent del Sr. José Pujol Subirada, van ser declarats en rebel·lia processal i es va tenir per preclòs respecte dels esmentats el tràmit de contestació a la demanda. La part recurrent va sol·licitar la recepció a prova del plet i la Sala va estimar-ho procedent; es va acordar que es duguessin a terme les que s'havien proposat i havien estat admeses, prèvia la seva declaració de pertinència. </s></p>
 </div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> En la tramitació del present recurs s'han observat les prescripcions legals i passades les actuacions al Ministeri Fiscal, aquest va emetre el preceptiu informe que consta en les actuacions judicials. No es va sol·licitar la celebració de vista pública i es va assenyalar per a la votació i la decisió el 28 dels corrents, dia en què van tenir lloc. </s></p>
 </div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent l'Il·lm. Sr. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Aquest recurs de revisió es planteja contra la sentència de data 19 d'abril de 1996, dictada per la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida, que conté la decisió següent: "ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por Dª CARMEN PUJOL AGUILAR y declaramos la nulidad de la diligencia de emplazamiento de Dª Carmen Pujol Aguilar practicada en fecha 27 de julio de 1995 en el juicio de cognición núm. 167/95 del juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tremp, y de todas las actuaciones posteriores, incluida la sentencia de primer grado, debiendo retrotraerse las actuaciones a dicho momento procesal a fin de que se realice en legal forma el dicho emplazamiento, y sin perjuicio de que puedan conservar validez las actuaciones cuyo contenido hubiese permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dió lugar a la nulidad." La primera qüestió que la Sala s'ha de plantejar és la procedència del recurs, és a dir, la seva admissibilitat, encara que ni la part apel·lada ni el Ministeri Fiscal s'han pronunciat sobre això, atès que en el present tràmit les causes d'inadmissibilitat deriven en causes de desestimació. Aquesta qüestió obliga a reexaminar la naturalesa i abast del recurs de revisió. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Històricament, l'anomenat recurs de revisió s'ha enllaçat amb l'antiga *restitutio* dels pretors romans, incorporada després al dret processal, i amb la **querela nullitatis insanabilis** del dret comú de l'Edat Mitjana, que es recull en les nostres Partides i que ha estat recuperada per la vigent Llei d'enjudiciament civil. Es tracta d'un remei excepcional i extraordinari (Sentències, entre d'altres, de dates 28 d'octubre i 7 de novembre de 1994) que es dóna contra les sentències que han assolit fermesa, amb la qual cosa queda clar que no exerceix la condició de vertader recurs, almenys segons la forma tradicional de la nostra normativa processal. Així, l'art. 369 de la LEC disposa que s'entendrà per sentència ferma aquella contra la qual no es pugui interposar cap recurs ordinari ni extraordinari. La nostra jurisprudència (sentències de 15 de novembre de 1983 i 1 de febrer de 1993) ve configurant-lo com un procés especial en el qual s'esgrimeix una acció autònoma i independent de l'exercida en aquell que va donar lloc a la sentència ferma, la rescissió de la qual es pretén. La nostra millor doctrina ensenya que mentre els recursos pròpiament dits es proposen "evitar"; la revisió es proposa "rescindir" el que ja s'ha produït; de manera que aquells incideixen en una relació juridicoprocesal encara oberta, mentre que la revisió pressuposa una relació processal ja tancada. El que avui queda clar de les declaracions jurisprudencials, conseqüents amb les idees anteriors, és: que no es tracta d'una tercera instància (Sentència de 15 d'abril de 1996); que no es tracta d'un nou enjudiciament de qüestions ja debatudes en el plet (Sentència de 20 de juliol i 21 d'octubre de 1996) i que no és possible una nova valoració de la prova practicada ni un reexamen de la interpretació de les normes aplicades (Sentències de 22 d'abril i 21 de maig de 1996). </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Aquest recurs es planteja, en efecte, contra o davant una sentència de l'Audiència Provincial que és ferma, en la mesura que no s'hi pot interposar cap recurs. Ara bé, l'esmentada sentència declara la nul·litat de tot el que s'ha actuat a la primera instància, inclosa la sentència i reposa les actuacions judicials a l'ésser i estat que tenien en cometre's la infracció (citació a termini de la part demandada), de tal manera que, en realitat, no existeix decisió judicial de fons ara. Ha de reiniciar-se el procés amb les garanties processals degudes fins a arribar a una decisió final ferma. Reprenent el que es deia en examinar la naturalesa jurídica de la institució, aquí no pot rescindir-se res perquè el procés ja està rescindit. El recurrent, amb oblit d'aquestes idees, pretén una revisió de la prova i de la valoració jurídica que va portar al tribunal d'apel·lació a declarar la nul·litat d'actuacions i com s'ha raonat ni això és possible, ni el recurs extraordinari de revisió es troba concebut com una tercera instància. Per aquestes raons, el recurs no pot prosperar i ha de ser, en aquest moment processal, desestimat. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> De conformitat amb el que disposa l'art. 1809 de la LEC, es condemnarà el recurrent en costes i a la pèrdua del dipòsit constituït. </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que desestima el recurs de revisió interposat per la representació processal d'Edificis J. M., Societat Anònima, pel qual es pretenia la rescissió de la sentència dictada per la Secció Segona de la II-lma. Audiència Provincial de Lleida el 19 d'abril de 1996, en el judici de cognició número 167/95 del Jutjat de Primera Instància de Tremp; amb expressa imposició de les costes causades i a la pèrdua del dipòsit constituït. Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs. Així ho va acordar la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Edificis J.M., S.A. / Carmen Pujol Aguilar y otros</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Texto original </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión: naturaleza jurídica y funciones.- Recurso de revisión: no procede contra la sentencia que declara la nulidad de actuaciones.- Sentencia firme: concepto.** </head>

En la ciudad de Barcelona a treinta de Abril de mil novecientos noventa y siete.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de revisión, contra la sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, de fecha 19 de Abril de 1996, en el recurso de apelación nº 213/96 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tremp, recaída en autos de juicio de cognición nº 167/95, promovidos por la representación legal de la Mercantil "EDIFICIS J.M., SOCIEDAD ANÓNIMA", domiciliada en Barcelona, contra D. JOSE PUJOL SUBIRADA, de ignorado paradero, contra los IGNORADOS HEREDEROS Y LA HERENCIA YACENTE DE DON JOSE PUJOL SUBIRADA, asimismo en ignorado paradero, y contra CARMEN PUJOL, con domicilio en Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto por la citada Mercantil "EDIFICIS J.M., SOCIEDAD ANONIMA", representada por el Procurador D. Arturo Cot Montserrat y defendida por el Letrado D. Pompilio Roiger Blanch; siendo parte recurrida Dª CARMEN PUJOL AGUILAR, representada por el Procurador D. Francisco Ruiz Castel y defendida por la Letrado Habilitado Dª. Mª. Luisa Llimiñana Montanuy, y D. José Pujol Subirada y los ignorados herederos y la herencia yacente de D. José Pujol Subirada, todos ellos incomparecidos y declarados en rebeldía.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Procurador de los Tribunales D. Arturo Cot Montserrat, en nombre y representación de Edificis J.M., Sociedad Anónima, interpuso recurso de revisión, al amparo del art. 1796 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra la sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, en fecha 19 de Abril de 1996, recaída en el rollo de apelación de la dictada en los autos de juicio de cognición del Juzgado de Primera Instancia de Tremp, seguido entre dichas partes; estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes para terminar suplicando se dictara sentencia dando lugar al mismo y rescindiendo en todo la sentencia impugnada, expidiéndose certificación del fallo y devolviendo los autos al Juzgado de que procedían, a los efectos del art. 1807 de la Ley Procesal. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Cumplidos los requisitos legales y previos los trámites oportunos, se admitió a trámite la demanda de proceso civil de recurso de revisión disponiéndose y llevándose a efecto en legal forma el emplazamiento de los demandados en revisión, y compareciendo solamente la demandada Dª Carmen Pujol Aguilar, quien lo impugnó alegando cuanto convenía a su derecho y suplicando se dictara sentencia en la que se declarara la improcedencia del mismo, condenando en todas las costas y en la pérdida del depósito al promovente. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Habiendo transcurrido el término del emplazamiento sin que comparecieran los demás demandados en revisión D. José Pujol Subirada, y los ignorados herederos y la herencia yacente de D. José Pujol Subirada, fueron declarados en rebeldía procesal, teniéndose por precluido respecto de los mismos el trámite de contestación a la demanda. Y habiéndose solicitado por la parte recurrente el recibimiento a prueba del pleito, y por estimarlo la Sala procedente, así se acordó llevándose a efecto las propuestas y admitidas, previa su declaración de pertinencia. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales y, pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste emitió su preceptivo informe que consta en autos. No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 28 de los corrientes en que tuvo lugar. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El presente recurso de revisión se plantea contra la sentencia de fecha 19 de abril de 1996, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida, que contiene el siguiente Fallo: “*ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por D^a. CARMEN PUJOL AGUILAR y declaramos la nulidad de la diligencia de emplazamiento de D^a. Carmen Pujol Aguilar practicada en fecha 27 de julio de 1995 en el juicio de cognición núm. 167/95 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tremp, y de todas las actuaciones posteriores, incluida la sentencia de primer grado, debiendo retrotraerse las actuaciones a dicho momento procesal a fin de que se realice en legal forma el dicho emplazamiento, y sin perjuicio de que puedan conservar validez las actuaciones posteriores cuyo contenido hubiese permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad*”. La primera cuestión que debe, pues, plantearse la Sala es la procedencia del recurso, esto es, su admisibilidad, pese a que ni la parte recurrida ni el Ministerio Fiscal se han pronunciado al respecto, habida cuenta de que, en el presente trámite, las causas de inadmisibilidad derivan en causas de desestimación. Esta cuestión obliga a reexaminar la naturaleza y alcance del recurso de revisión. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Históricamente, el llamado recurso de revisión se ha enlazado con la antigua “*restitutio*” de los pretores romanos, incorporada luego al derecho procesal, y con la “*querela nullitatis insanabilis*”, del derecho común de la Edad Media, siendo recogida en nuestras Partidas y recuperada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de un remedio excepcional y extraordinario (sentencias, entre otras, de fechas 28 de octubre y 7 de noviembre de 1994) que se da contra las sentencias que han alcanzado firmeza, con lo que queda claro que no ostenta la condición de verdadero recurso, al menos según la forma tradicional de nuestra normativa procesal. Así, el art. 369 de la LEC dispone que se entenderá por sentencia firme aquella contra la cual no quepa recurso alguno ordinario ni extraordinario. Nuestra jurisprudencia (sentencias de 15 de noviembre de 1983 y 1 de febrero de 1993) viene configurándolo como un proceso especial en el que se esgrime una acción autónoma e independiente de la ejercitada en aquél que dio lugar a la sentencia firme cuya rescisión se pretende. Nuestra mejor doctrina enseña que mientras los recursos propiamente dichos se proponen “*evitar*”, la revisión se propone “*rescindir*” lo ya producido; de modo que aquéllos inciden en una relación jurídico-procesal aún abierta, en tanto que la revisión presupone una relación procesal ya cerrada.

Lo que hoy queda claro de las declaraciones jurisprudenciales, consecuentes con las ideas anteriores, es: que no se trata de una tercera instancia (sentencias de 15 de abril de 1996); que no se trata de un nuevo enjuiciamiento de cuestiones ya debatidas en el pleito (sentencia de 20 de julio y 21 de octubre de 1996) y que no cabe una nueva valoración de la prueba practicada ni un reexamen de la interpretación de las normas aplicadas (sentencias de 22 de abril y 21 de mayo de 1996). </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El presente recurso se plantea, en efecto, contra o frente una sentencia de la Audiencia Provincial que es firme, en la medida que contra la misma no cabe recurso. Ahora bien, dicha sentencia declara la nulidad de cuanto se ha actuado en la primera instancia, incluida la sentencia, reponiendo los autos al ser y estado que tenían al cometerse la infracción (emplazamiento de la parte demandada), de manera tal que, en realidad, no existe decisión judicial de fondo ahora. Debe reiniciarse el proceso con las debidas garantías procesales hasta llegar a una decisión final firme. Retomando cuanto se decía al examinar la naturaleza jurídica de la institución, aquí no puede *rescindirse* nada porque el proceso ya está rescindido. El recurrente, con olvido de estas ideas, pretende una *revisión* de la prueba y de la valoración jurídica que llevó al Tribunal de apelación a declarar la nulidad de actuaciones y, como se ha razonado, ni esto es posible, ni el recurso extraordinario de revisión se halla concebido como una tercera instancia. Por estas razones, el recurso no puede prosperar y debe ser, en este momento procesal, desestimado. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>De conformidad con lo que dispone el art. 1809 de la LEC se condenará en costas al recurrente y a la pérdida del depósito constituido. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">PARTE DISPOSITIVA</head>

LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DIJO: Que desestimaba el recurso de revisión interpuesto por la representación procesal de EDIFICIS J. M., SOCIEDAD ANÓNIMA, por el que se pretendía la rescisión de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Lleida el 19 de abril de 1996, en el Juicio de Cognición número 167/95 del Juzgado de Primera Instancia de Tremp; con expresa imposición de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido. Contra esta resolución no se dará recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió en cas de maquinacions fraudulentes: requisits.- Termini per a interposar el recurs de revisió: computació del termini.- Citació a comparèixer per edictes: requisits.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten damunt, ha vist aquest recurs extraordinari de revisió que van promoure els germans Srs. JOAN i M. ÀNGELS FERRÉ OLSINA, representats pel procurador Sr. Leopoldo Rodés Durall i dirigits per l'advocat Sr. Ramon Añosa Cabra, contra la Sentència ferma de 19 d'abril de 1994 que va dictar el magistrat-jutge del Jutjat de Primera Instància núm. 26 de Barcelona en el judici de cognició seguit sota el número 1039/93-5, instat davant aquell Jutjat per la Sra. Pilar Munuera Pérez contra els presumptes i ignorats hereus del Sr. Joan Ferré Pedret. Ha comparegut com a part interessada oposant-se a la demanda de revisió, l'esmentada Sra. PILAR MUNUERA PÉREZ, representada per la procuradora Sra. Teresa Aznárez Domingo i dirigida per la lletrada Sra. Anna Hurtado Vicente.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Contra la Sentència ferma que s'ha indicat anteriorment, els germans Srs. Joan i M. Àngels Ferré Olsina varen interposar davant aquest Tribunal aquest recurs extraordinari de revisió en el qual ha estat part demandada la Sra. Pilar Munuera Pérez. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> S'ha seguit la tramitació d'acord amb la llei. El Ministeri Fiscal ha informat tal com preveu l'art. 1.802 de la Llei processal civil. Es va sol·licitar la celebració de vista, la qual ha tingut lloc el dia 22 de maig, amb l'assistència dels advocats i procuradors de les parts. </s></p></div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent el magistrat de la Sala II-Im. Sr. Antoni BRUGUERA i MANTÉ. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Els germans Joan i M. Àngels Ferré Olsina formulen i presenten en aquesta Sala, en data 9 d'agost de 1996, demanda de recurs extraordinari de revisió contra la Sentència ferma de 19 d'abril de 1994 dictada pel magistrat-jutge del Jutjat de Primera Instància núm. 26 d'aquesta ciutat en el judici de cognició seguit sota el número 1039/93-5 i instat per la Sra. Pilar Munuera Pérez contra els que en deia presumptes i ignorats hereus del Sr. Joan Ferré Pedret.

Els actors a la revisió al·leguen que la Sra. Munuera va aconseguir l'esmentada Sentència ferma en virtut de "maquinació fraudulenta" en haver amagat al Jutjat les persones i els domicilis dels demandats, raó per la qual varen ésser citats per edictes els "ignorados herederos de Don Juan Ferré Pedret", tot i que la Sra. Munuera sabia perfectament que els hereus de l'esmentat Sr. Joan Ferré Pedret eren els actuals actors de la revisió, dels quals en coneixia també perfectament el domicili, de tal manera que la Sra. Munuera va obtenir la sentència citada amb un greu frau processal.

Els que han instat la revisió diuen també que presenten la demanda revisora dins el termini dels 3 mesos de l'article 1.798 de la Llei d'enjudiciament civil des que varen descobrir el frau, i demanen que rescindim totalment la Sentència impugnada i els reintegrem el dipòsit constituït.

La Sra. Munuera s'oposa a la demanda de revisió al·legant, en primer terme, que ha estat instada fora del termini legal, per haver transcorregut més de 3 mesos des de la data en què els actors de la revisió varen conèixer que la Sra. Munuera havia adquirit la propietat dels immobles del carrer Sagunto, números 85 i 87 de Barcelona. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> La data a considerar per comprovar si hi ha o no caducitat de l'acció revisora no és la que la Sra. Munuera addueix referida al moment en què les persones que la insten varen saber que s'havien venut els immobles, sinó des del dia en què varen descobrir el frau al·legat (art. 1.798 de la Llei processal), és a dir, i en el cas present, des del dia que varen saber que s'havia seguit en absència i ignorància seva el procés de cognició número 1039/93-5 al Jutjat de Primera Instància número 26; i el document que els subjectes instants presenten amb la demanda, assenyalat amb el número 2, demostra, i no es contradia, que des del 15 de maig de 1996, en què els recurrents diuen que van tenir notícia d'aquell procés, fins al 9 d'agost de 1996, en què es presenta la demanda revisora, no havien transcorregut els 3 mesos de l'article 1.798 de la Llei d'enjudiciament civil, per la qual cosa no hem d'estimar l'excepció de caducitat de l'acció de revisió que ha oposat com a primera i fonamental la representació de la Sra. Munuera Pérez. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El representant processal d'aquesta senyora va dir el 18 de novembre de 1993, a la demanda del procés contra la sentència de la qual es postula revisió, literalment: "Que mediante el presente escrito y por los trámites del juicio de cognición, interpongo demanda contra los presuntos e ignorados herederos de D. JUAN FERRÉ PEDRET, cuyo domicilio desconocemos, ejercitando la acción prevista en el art. 1.279 del Código Civil,..."

I afegia: "Mi mandante no ha podido conocer por ningún medio los posibles herederos del Sr. Ferré Pedret, por lo que se ven en la necesidad de acudir al Juzgado a fin de que, previos los edictos oportunos, se otorgue escritura pública a su favor, del referido inmueble".

I acabava dient: "... tener por interpuesta DEMANDA EN RECLAMACIÓN DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA CONTRA LOS IGNORADOS HEREDEROS DE D. JUAN FERRÉ PEDRET a favor de mi mandante doña PILAR MUNUERA PÉREZ, para que tras la sustanciación de la misma, por los trámites del juicio de cognición, dicte sentencia en la que declare haber lugar a la pretensión actora, citando mediante los oportunos edictos a los demandados a fin de que otorguen la citada Escritura Pública, con la advertencia de que, de no otorgarla, lo será de oficio por el propio Juzgado". </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> D'acord amb aquestes manifestacions, el Jutjat de Primera Instància núm. 26: a) Va citar per edictes als "presuntos e ignorados herederos de Don Juan Ferré Pedret cuyo domicilio actual se desconoce". b) Va declarar-los en rebel·lia. c) Va dictar Sentència el 19 d'abril de 1994 estimant la demanda. d) Va notificar la Sentència per edictes "a los demandados rebeldes". I, e) El Magistrat-jutge va atorgar l'escriptura pública "en representación por rebeldía de PRESUNTOS E IGNORADOS HEREDEROS DE DON JUAN FERRÉ PEDRET". </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> La prova practicada en aquest recurs extraordinari ha demostrat de manera palesa i rotunda que totes les anteriors manifestacions de la representació processal de la Sra. Pilar Munuera Pérez al procés de cognició, varen ser inexactes i falses. Aquesta senyora sabia absolutament les persones que eren hereves del Sr. Joan Ferré Pedret i el seu domicili; i tant és així que coneixia tot això perfectament (tant les persones com els domicilis dels hereus del Sr. Joan Ferré Pedret), que les havia demandat pel seu mateix nom i cognoms i en els seus domicilis, en el judici de menor quantia núm. 829/90 del Jutjat de Família núm. 16, Secció 3a, d'aquesta ciutat contra els quals ella havia seguit l'esmentat judici en el qual n'impugnava la seva pròpia filiació i reclamava l'extramatrimonial precisament del Sr. Joan Ferré Pedret, pare dels actuals actors de revisió Srs. Joan i M. Àngels Ferré Olsina; de manera que la Sra. Munuera reclamava ser filla del mateix pare que aquests últims, els que allà demandava "como herederos de Don Juan Ferré Pedret, con domicilio últimamente conocido en la Avda. de Sarriá, 54, 5º 1ª", que és el mateix que encara tenen ara, per la qual cosa la Sra. Munuera, en dir en el posterior judici de cognició núm. 1039/93-5 del Jutjat de Primera Instància núm. 26 que no coneixia ni els noms, ni els cognoms, ni el domicili dels que hi demandava, que li era tot això ignorat, que no ho havia pogut saber, i que es veia en la necessitat per això que se cités per edictes als demandats (tal com hem ressenyat a l'anterior fet TERCER), va incórrer de manera notòria en el greu frau processal a què fa referència l'ordinal 4t de l'art. 1.796 de la Llei d'enjudiciament civil quan expressa que escau la revisió d'una sentència ferma quan s'ha guanyat injustament en virtut de "maquinació fraudulenta", que és, cabalment, el cas en el que ens trobem en el que la Sra. Pilar Munuera Pérez va aconseguir la sentència objecte de revisió, emprant el temerari ardit d'ocultar al Jutjat els noms i persones dels demandats i els seus domicilis, el que fa imperativament obligat ara que rescindim totalment l'esmentada sentència ferma amb totes les conseqüències que diuen els art. 1.806, 1.807 i 1.808 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>

</div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> En el segon paràgraf del sisè fet de l'escrit d'oposició a l'actual demanda de revisió, s'expressa: "La circunstancia de emplazar a los demandados por edictos, se debe a que desconocía mi principal el domicilio correcto, pero bien hubiera podido el Juzgado tramitador de la demanda, haber solicitado el último domicilio del difunto transmitente, en cuyo caso se hubiera facilitado".

Aquesta Sala entén, per el que ja queda exposat precedentment, que les anteriors manifestacions inexactes són, a més a més, temeràries i s'estima que també ho és tota l'oposició de la Sra. Munuera al present procés de revisió, per la qual cosa haurem d'imposar-li'n les costes. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Pel que precedeix, en nom del Rei i per l'autoritat que ens atorga la Constitució aprovada pel poble espanyol. HEM DECIDIT: </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

Estimar la demanda del recurs extraordinari de revisió, interposat pels germans Srs. JOAN I MARIA ANGELS FERRÉ OLSINA, contra la sentència ferma dictada el 19 d'abril de 1994 pel Jutjat de Primera Instància núm. 26 d'aquesta ciutat en el judici de cognició núm. 1039/93-5 sobre elevació a públic de document privat de compravenda de finques urbanes. Rescindim i anul·lem totalment l'esmentada Sentència ferma impugnada, i condemnem al pagament de totes les costes d'aquest recurs a la Sra. Pilar Munuera Pérez. Lliureu certificació d'aquesta decisió, d'acord amb allò previst a l'art. 1.807 de la Llei d'enjudiciament civil, i retorneu les actuacions al Jutjat de Primera Instància núm. 26 d'aquesta ciutat perquè les parts facin ús del seu dret segons els convingui, en el judici corresponent. Retorneu també als recurrents el dipòsit que varen constituir per interposar aquesta revisió.

Feu saber que contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs (art. 1.810 de la Llei d'enjudiciament civil). Així ho acordem, pronunciem, manem i signem. Davant meu, la secretària judicial. En dono fe. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Juan y Àngeles Ferré Olsina / Pilar Munuera Pérez*</head>
 <head type=sub rend="bo">*B) Traducción*</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas: requisitos.- Plazo para interponer el recurso de revisión: cómputo del plazo.- Citación por edictos: requisitos.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso extraordinario de revisión promovido por los hermanos D. JOAN y D.ª M.ª ANGELES FERRÉ OLSINA, representados por el Procurador de los Tribunales D. Leopoldo Rodés Durall y defendidos por el Letrado D. Ramón Añzoza Cibra, contra la sentencia firme dictada en fecha 19 de abril de 1992 por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Barcelona, en el juicio de cognición seguido bajo el nº 1039/93-5 instado ante aquel Juzgado por D.ª Pilar Munuera Pérez contra los presuntos e ignorados herederos de D. Joan Ferré Pedret. Ha comparecido como parte interesada oponiéndose a la demanda de revisión, le expresada D.ª PILAR MUNUERA PÉREZ, representada por la Procuradora D.ª Teresa Aznárez Domingo y dirigida por la Letrada D.ª Anna Hurtado Vicente.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Contra la sentencia firme anteriormente expresada, los hermanos D. Joan y D.ª M.ª Angeles Ferré Olsina interpusieron ante este Tribunal el presente recurso extraordinario de revisión en el que ha sido parte demandada D.ª Pilar Munuera Pérez. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi> Se ha seguido la tramitación de acuerdo con la ley. El Ministerio Fiscal ha informado tal como prevé el art. 1.802 de la Ley procesal civil. Solicitada la celebración de vista, ésta tuvo lugar el 22 de mayo, con la asistencia de los Letrados y Procuradores de las partes. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el. Magistrado de la Sala, Ilmo. Sr. Antoni BRUGUERA I MANTÉ. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Los hermanos Don Joan y Doña M.ª. Àngels Ferré Olsina formulan y presentan en esta Sala, con fecha 9 de agosto de 1996, demanda de recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia firme de 19 de abril de 1994 dictada por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de esta ciudad en el juicio de cognición seguido bajo el nº 1039/93-5 e instado por D.ª Pilar Munuera Pérez contra los que decía presuntos e ignorados herederos de D. Joan Ferré Pedret.

Los actores en la revisión alegan que la Sra. Munuera consiguió la expresada Sentencia firme en virtud de "maquinación fraudulenta" al haber ocultado al Juzgado las personas y los domicilios de los demandados, razón por la cual fueron citados por edictos los "ignorados herederos de D. Joan Ferré Pedret", aunque la Sra. Munuera sabía perfectamente que los herederos del expresado D. Joan Ferré Pedret eran los actuales actores de la revisión, de los que conocía también perfectamente el domicilio, de modo que la Sra. Munuera obtuvo la sentencia citada con un grave fraude procesal.

Los instantes de la revisión dicen también que presentan la demanda de revisión dentro del plazo de los 3 meses del artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde que descubrieron el fraude, y piden que rescindamos la Sentencia impugnada y les devolvamos el depósito constituido.

La Sra. Munuera se opuso a la demanda de revisión alegando, en primer lugar, que ha sido instada fuera del plazo legal por haber transcurrido más de 3 meses desde la fecha en que los actores de la revisión conocieron que la Sra. Munuera había adquirido la propiedad de los inmuebles de la calle Sagunto, nº 85 y 87 de Barcelona. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>La fecha a considerar para comprobar si hay o no caducidad de la acción de revisión no es la que la Sra. Munuera aduce referida al momento en que las personas que la instan supieron que se habían vendido los inmuebles, sino desde el día en el que descubrieron el fraude alegado (art. 1.798 de la Ley Procesal), es decir, y en el caso presente, desde el día que supieron que se había seguido en su ausencia e ignorancia el pleito de cognición nº 1039/93-5 en el Juzgado de Primera Instancia nº 26; y el documento que los instantes presentan con la demanda señalado con el nº 2, demuestra, y no se contradice, que desde el 15 de mayo de 1996, en que los recurrentes dicen que tuvieron noticia de aquel pleito, hasta el 9 de agosto de 1996, en que se presenta la demanda de revisión, no habían transcurrido los 3 meses del artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo cual no procede estimar la excepción de caducidad de la acción de revisión que ha opuesto como primera y fundamental la representación de la Sra. Munuera Pérez. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El representante procesal de esta señora dijo el 18 de noviembre de 1993 en la demanda del proceso contra la sentencia de la que se postula revisión, literalmente: “Que mediante el presente escrito y por los trámites del juicio de cognición, interpongo demanda contra los presuntos e ignorados herederos de D. JUAN FERRÉ PEDRET, cuyo domicilio desconocemos, ejercitando la acción prevista en el art. 1.279 del Código Civil,...”.

Y añadía: “Mi mandante no ha podido conocer por ningún medio a los posibles herederos del Sr. Ferré Pedret, por lo que se ve en la necesidad de acudir al Juzgado, a fin de que, previos los edictos oportunos, se otorgue escritura pública a su favor, del referido inmueble”.

Y acababa diciendo: “... tener por interpuesta DEMANDA EN RECLAMACIÓN DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA CONTRA LOS IGNORADOS HEREDEROS DE D. JUAN FERRÉ PEDRET a favor de mi mandante D^a. PILAR MUNUERA PÉREZ, para que tras la sustanciación de la misma, por los trámites del juicio de cognición, dicte sentencia en la que declare haber lugar a la pretensión actora, citando mediante los oportunos edictos a los demandados a fin de que otorguen la citada Escritura Pública, con la advertencia de que, de no otorgarla, lo será de oficio por el propio Juzgado.” </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Según estas manifestaciones, el Juzgado de Primera Instancia n^o 26: a) Citó por edictos a los “presuntos e ignorados herederos de Don Juan Ferré Pedret cuyo domicilio actual se desconoce”. b) Los declaró en rebeldía. c) Dictó Sentencia el 19 de abril de 1994 estimando la demanda. d) Notificó la Sentencia por edictos “a los demandados rebeldes”. Y e) El Magistrado-Juez otorgó escritura pública “en representación por rebeldía de PRESUNTOS E IGNORADOS HEREDEROS DE DON JUAN FERRÉ PEDRET”. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>La prueba practicada en el presente recurso extraordinario ha demostrado de modo evidente y rotundo, que todas las anteriores manifestaciones de la representación procesal de D^a. Pilar Munuera Pérez en el pleito de cognición, fueron inexactas y falsas. Esta señora sabía absolutamente las personas que eran herederas de D. Joan Ferré Pedret y su domicilio; y tanto es así que lo conocía todo perfectamente (tanto las personas como los domicilios de los herederos de D. Joan Ferré Pedret), que las había demandado por su mismo nombre y apellidos y en sus domicilios, en el juicio de menor cuantía n^o 829/90 del Juzgado de Familia n^o 16, Sección 3^a, de esta ciudad contra quienes ella había seguido el expresado juicio en el que impugnaba su propia filiación y reclamaba la extramatrimonial precisamente de D. Joan Ferré Pedret, padre de los actuales actores de revisión D. Joan y D^a. M^a Angeles Ferré Olsina; de modo que la Sra. Munuera reclamaba ser hija del mismo padre que éstos últimos, a los que allí demandaba “como herederos de D. Joan Ferré Pedret, con domicilio últimamente conocido en la Avda. de Sarriá, 54, 5^a, 1^ª”, que es el mismo que aún tienen ahora, por lo cual la Sra. Munuera, al decir en el posterior juicio de cognición n^o 1039/93-5 del Juzgado de Primera Instancia n^o 26 que no conocía ni los nombres, ni los apellidos, ni el domicilio de los que demandaba, que todo ello le era ignorado, que no lo había podido saber, y que se veía en la necesidad de que se citase por edictos a los demandados (tal como hemos reseñado en el anterior hecho TERCERO), incurrió, notoriamente en el grave fraude procesal a que se refiere el ordinal 4^o del art. 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando expresa que procede la revisión de una sentencia firme cuando se ha ganado injustamente en virtud de “maquinación fraudulenta”, que es, cabalmente, el caso en el que nos encontramos en el que D^a. Pilar Munuera Pérez consiguió la Sentencia objeto de revisión, empleando el temerario ardid de ocultar al Juzgado los nombres y las personas de los demandados y sus domicilios, lo que hace ahora imperativamente obligado que rescindamos totalmente la expresada sentencia firme, con todas las consecuencias que dicen los artículos 1.806, 1.807 y 1.808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>En el segundo párrafo del hecho sexto del escrito de oposición a la actual demanda de revisión, se expresa: “La circunstancia de emplazar a los demandados por edictos se debe a que desconocía mi principal el domicilio correcto, pero bien hubiera podido el Juzgado tramitador de la demanda, haber solicitado el último domicilio del difunto transmitiente, en cuyo caso se hubiera facilitado”.

Esta Sala entiende, por lo anteriormente expuesto, que las precedentes manifestaciones inexactas son, además, temerarias y, estima que también lo es toda la oposición de la Sra. Munuera en el presente proceso de revisión, por lo que habremos de imponerle las costas del mismo. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo anterior, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, FALLAMOS:
</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">PARTE DISPOSITIVA</head>

Estimar la demanda del recurso extraordinario de revisión interpuesto por los hermanos D. JOAN y D^a. MARIA ANGELS FERRÉ OLSINA, contra la Sentencia firme dictada el 19 de abril de 1994 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 26 de esta ciudad en el juicio de cognición n^o 1039/93-5 sobre elevación a público de documento privado de compraventa de fincas urbanas. Rescindimos y anulamos totalmente la expresada Sentencia firme impugnada, y condenamos al pago de todas las costas del presente recurso a D^a. Pilar Munuera Pérez. Expídase certificación del presente fallo según lo previsto en el art. 1.807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y devuélvase las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia n^o 26 de esta ciudad para que las partes puedan usar su derecho como les convenga, en el juicio correspondiente. Devuélvase también a los recurrentes el depósito constituido para interponer la presente revisión.

Contra la presente resolución no puede interponerse recurso alguno (art. 1.810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así lo acordamos, pronunciamos, mandamos y firmamos. Ante mí, la Secretaria Judicial. Doy fe. </div2>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 26 DE MAIG DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Montserrat Estrada i Virgili / Teresa Estrada i Virgili</head>

<head type=sub rend="bo">A) Text original</head>

<head type=sub rend="bo">**Testament: interpretació.- Tradició jurídica catalana.- Irretroactivitat de l'article 110 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya.- Recurs de cassació: naturalesa jurídica.- Recurs de cassació: abast del formalisme en el recurs.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats consignats damunt, HA VIST el recurs de cassació contra la sentència que va dictar en grau d'apel·lació la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 27 de desembre de 1995, a conseqüència de les actuacions del judici declaratiu de menor quantia, sobre l'exercici del dret d'ús i habitació, tramitats en el Jutjat de 1a Instància núm. 1 de Granollers. El recurs el va interposar la Sra. Montserrat Estrada i Virgili, representada pel procurador Sr. Antonio M^a de Anzizu i Furest i assistida pel lletrat Sr. Juli de Miquel Berenguer, i la part contra la qual s'ha recorregut és la Sra. M. Teresa Estrada i Virgili, representada pel procurador Sr. Narcís Ranera i Cahís i defensada pel lletrat Sr. Domènec Forns i Casacuberta.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> El Jutjat de 1a Instància núm. 1 de Granollers va tramitar el judici de menor quantia núm. 175/93 que va promoure la demanda que va presentar la Sra. Montserrat Estrada i Virgili, en la qual, després d'exposar fets i fonaments jurídics, va sol·licitar que es dictés "sentencia por la que estimando la demanda se condene a la demandada a que haga entrega a mi principal de la posesión que le corresponde en concepto de sublegado y ejecute cuantos actos sean precisos en orden al ejercicio del derecho de uso y habitación conferido, condenándole asimismo a que se abstenga de cualquier impedimento que tienda a dificultarlo o impedirlo". </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> La Sra. M. Teresa Estrada i Virgili, part demandada, es va personar a les actuacions i va contestar a la demanda. S'hi va oposar amb arguments fàctics i jurídics i va acabar demanant: "y previos los trámites legales oportunos y pruebas a practicar, dicte sentencia por la que se declare no ha lugar a los pedimentos interesados de contrario por no concurrir la voluntad que a tal fin estableció la testadora según los términos del testamento, con expresa imposición de las costas del proceso a la actora". </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Un cop unides les proves practicades i havent realitzat els tràmits legals previs, el magistrat jutge del Jutjat de 1a Instància núm. 1 de Granollers va dictar sentència el 30 de juny de 1994, la decisió de la qual és literalment la següent: "Que desestimando la demanda interpuesta por Montserrat Colomina Danti obrando en nombre y representación de MONTSERRAT ESTRADA VIRGILI, contra MARIA TERESA ESTRADA VIRGILI representada por el Procurador Ramón Daví Navarro, debo absolver a ésta de todos los pedimentos contenidos en el escrito de demanda interpuesto en su contra. Con expresa imposición de costas a la parte actora". </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> La demandada Sra. Montserrat Estrada i Virgili va interposar recurs d'apel·lació contra la sentència del Jutjat davant de l'Audiència Provincial de Barcelona, que va tramitar el rotlló d'alçada núm. 723/94. La Secció 15a va dictar sentència el 27 de desembre de 1995, la part dispositiva de la qual diu: "SENTENCIEM: Que desestimant el recurs d'apel·lació interposat per la part actora, contra la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Granollers, en data trenta de juny de mil nou-cents noranta-quatre, la confirmem íntegrament, sense fer cap declaració respecte a les costes causades a l'alçada". </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> El procurador Sr. Antonio M. de Anzizu Furest, causídic de la Sra. Montserrat Estrada i Virgili, va formular recurs de cassació davant d'aquesta Sala contra la sentència d'apel·lació, que conté el motiu següent: "Únic motiu de cassació. A l'empara de l'article 1.692 núm. 4 de la Llei d'enjudiciament civil per infracció de l'article 1 de la Llei de 20 de març de 1984 que aprova la Compilació del dret civil de Catalunya, la disposició final quarta del mateix text, així com la interpretació donada per la jurisprudència de l'article 675 del Codi civil". La Sala, mitjançant la resolució del 17 de març de 1997, va decretar d'admissió a tràmit del recurs de cassació interposat i l'entrega d'una còpia a la part contra qui s'havia recorregut personada, la qual l'impugnà dins del termini concedit. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> La vista oral i pública del recurs se celebrà el passat dia vuit d'aquest mes, amb l'assistència de les parts lletrades corresponents i de la representació processal. Els lletrats van exposar el que van creure convenient en defensa de les respectives pretensions. </s></p></div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent el magistrat d'aquesta Sala l'Il·lm. Sr. Ponç Feliu i Llansà. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Es fonamenta aquest recurs en un únic motiu deduït a l'empara de l'article 1.692.4t de la Llei d'enjudiciament civil, pel qual s'invoca la infracció de l'art. 1r de la Llei de 20 de març de 1984, que aprova la Compilació de dret civil de Catalunya, i la de la disposició final quarta del mateix text, així com de la interpretació que la jurisprudència dona a l'article 675 del Codi civil. Aquest enunciat i el mateix desenvolupament del recurs possibilita que la part que l'impugna oposi, en primer lloc, la seva defectuosa formalització adduint que tan genèrica referència no compleix una mínima tècnica cassacional, per tal com ni es determina ni es concreta amb la precisió exigible com i perquè la sentència objecte de cassació ha vulnerat els numerals referits.

La qüestió, en la mesura que pertany a l'ordre públic processal, mereix una atenció preferent de la Sala, i això malgrat que la part impugnant no hagi fet en l'acte de la vista la menor al·lusió a tan cabdal aspecte, amb relació al qual cal fer les consideracions següents:

a) Encara pot considerar-se substancialment vigent, a pesar de les profundes reformes de la cassació producte de les lleis 34/84, de 6 d'agost, i 19/1993, de 30 d'abril, la jurisprudència segons la qual "la técnica jurídica relativa a los Recursos de Casación exige que se cite con precisión y claridad la Ley o Doctrina Legal que se crea infringida y el motivo en que lo haya sido, sin confusionismos por citas vagas, genéricas o indeterminadas" (Sentència de 20-12-1989).

I, en aquesta línia, s'ha de convenir amb la part impugnant que ni l'article primer ni encara menys la disposició final quarta de la Compilació del dret civil de Catalunya no semblen precisament el més aptes, per la referida raó de generalitat, per ésser invocats en seu cassacional.

b) Nogensmenys, no acaba d'apreciar el Tribunal la concurrència de la causa d'inadmissió -que en aquest tràmit seria de desestimació- perquè:

1r. És innegable la minva del rigor formalista abans tan característic d'aquest extraordinari recurs, producte, d'una banda, de la insistència del Tribunal Constitucional en la necessitat de mitigar-lo per a una més fàcil penetració del principi "pro actione", immanent en l'article 24 de la C.E.; i, d'altra banda, de les previsions de l'exposició de motius de la referida Llei 19/93, de 30 d'abril, que expressament al·ludeix a "que se regula la admisión del recurso de casación lejos de todo formalismo". I és que s'ha de recordar que ja molt abans de la promulgació d'aquesta darrera Llei havia apuntat el Tribunal Constitucional que una formalització defectuosa "no puede llevar a la inadmisión del recurso si no ha impedido la correcta ordenación del debate procesal, dentro de los límites materiales de la casación civil" o "la comprensión por el Juzgador y la parte contraria del fundamento del recurso" (sentències del TC 81/86, de 20 de juny, i 6/89, de 19 de gener).

2n. Pel que fa a la resta, l'article primer de la Compilació, malgrat el seu caràcter enunciatiu i programàtic i, per tant, de redacció necessàriament genèrica, prou conté un concret esment a què en la tasca interpretativa s'haurà de prendre en consideració, entre altres elements, la tradició jurídica catalana, que, com ja digué aquest Tribunal en la sentència de 16 de febrer de 1991, "pren cos en les antigues lleis, costums i doctrina de la qual deriva".

I és això el que permet al recurrent auxiliar-se, encara que no sigui aplicable per raó d'irretroactivitat, amb l'art. 110 del Codi de successions (Llei 40/91, de 30 de desembre), per concloure que, atès que el mateix precepte és fruit de la referida tradició jurídica, en disposar tal precepte que en la interpretació de qualsevol testament cal atènyer-se plenament a la veritable voluntat del testador, sense haver de subjectar-se necessàriament al significat literal de les paraules emprades, queda així palès que aquella tradició jurídica catalana gaudeix en grau suficient de dimensió concreta per ésser vulnerada, que és el que sosté el recurrent referit que ha fet l'Audiència Provincial en la sentència que combat, en atribuir-li la infracció expressa d'aquesta norma d'hermenèutica.

Per tant, fent ara abstracció de l'existència o no d'aquesta vulneració -cosa que serà ja dilucidada oportunament-, s'ha de concloure que la censura jurídica gaudeix de concreció suficient per fer viable aquest recurs, i se n'ha d'excloure el refús "in límine" pretès per la part impugnant, puix que, en definitiva, s'al·lega, encara que sigui en els termes referits, la infracció de precepte del Dret civil de Catalunya.

I això comporta, doncs, la necessitat que la Sala analitzi l'únic motiu de crítica. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Per resoldre'l és convenient la ressenya dels fets següents: 1r) Mesos abans de la seva mort- que ocorregué el 27 d'agost del 1991- la senyora Francesca Virgili Angelet, mare de les ara litigants, senyores Montserrat i Teresa Estrada Virgili, atorgà en data 5 d'octubre de 1990 testament en el qual, en la part que ara interessa, disposava que "Lega a su hija M^a. Teresa Estrada Virgili la casa en que habita la testadora, conocida por Can Estrada...", i que "En la finca legada tendrá derecho de uso y habitación su hija Montserrat Estrada y el esposo de ésta Don Jaime Miralles mientras no tengan posibilidad de residir en otro lugar y en todo caso un plazo máximo de quince años a contar del fallecimiento de la testadora; en caso de hacer uso de este derecho sufragaría por mitad con su hermana Teresa los gastos de contribución, teléfono, luz, agua y similares...", i es disposà també seguidament que "Lega a su hija Montserrat Estrada Virgili el dinero en efectivo metálico y el que tenga depositado en cualquier cuenta corriente o libreta de ahorro. La legataria no podrá disponer del mismo hasta que hayan transcurrido al menos quince años desde el fallecimiento de la testadora, salvo que sea para destinarlo a la adquisición o construcción de una vivienda de características similares a la legada a su hermana M^a. Teresa y que habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad única y exclusivamente a favor de su hija Montserrat...". 2n) La testadora esmentada morí sense haver modificat el testament referit, el qual provocà que, transcorregut un temps prudencial, la senyora Montserrat Estrada, demandant i ara recurrent, reclamés a la seva germana Teresa el llegat d'ús i habitació de la finca indicada, la qual ja en vida de la mare fou dividida en dos habitatges diferenciats i independents, de manera que residien en el primer pis la senyora Ma. Teresa Estrada i el seu marit i en la planta baixa la causant i la senyora Montserrat Estrada, fins que aquesta darrera es casà, i va passar llavors a residir a Barcelona, en una finca del seu marit, seu del domicili conjugal, la qual cosa no va excloure visites o estades freqüents de la senyora Montserrat Estrada a la planta baixa de l'esmentada casa pairal de Granollers, a causa de la malaltia de la mare i de la condició de metgessa -que en facilitava la teràpia- de la filla. Si bé la senyora Montserrat Estrada té la copropietat indivisa amb la seva germana, senyora M. Teresa Estrada, de diverses finques rústiques, no consta que sigui titular de cap finca urbana, puix que la de Barcelona ho és del seu marit, tenint la senyora Montserrat Estrada únicament la propietat d'una plaça d'aparcament. Cal també ressenyar que la demandant senyora Montserrat exerceix la seva professió de metgessa en les localitats d'el Masnou i Granollers, on es desplaça des de Barcelona. Tanmateix, l'actora esmentada ha hagut de ser tractada d'una afecció de tipus reinitits al·lèrgica, per la qual està contraindicada la residència a Barcelona, a causa de la pol·lució d'aquesta ciutat. 3r) Davant de l'oposició de la demandada que la seva germana ocupés la part baixa de la casa referida en considerar que no es complia la condició que afectava el seu dret d'ús i habitació expressat, interposà aquella la reclamació judicial corresponent, que registrà una primera sentència en data 30 de juliol de 1994 en la qual el Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Granollers desestimà aquesta pretensió fonamentalment sobre la base que la condició d'accés a l'habitatge "Sólo podría darse y así lo establece la testadora como hipotética con la expresión "en caso de hacer uso de este derecho" si la actora no hubiese dispuesto del dinero que le legó su madre o no hubiera podido adquirir una vivienda por causas ajenas a su voluntad. Ninguno de estos extremos han sido aportados al juicio por la demandante en defensa del derecho que reclama, por lo que su pretensión debe ser desestimada" (Del fonament jurídic segon, foli. 269 del volum 1r). Apel·lada aquesta sentència, la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la confirmà per una altra de 27 de desembre de 1995, si bé per diferent fonamentació jurídica, en raonar, també en síntesi, que "El dret d'ús i habitació no va quedar a la lliure voluntat de la beneficiada ni condicionat a la possibilitat d'ocupar una vivenda similar a la llegada, sinó a la precisió d'una vivenda digna. No podem admetre, en conseqüència, el concepte de necessitat pretès per la demandant, que en cap moment fa referència a una veritable necessitat..." (fonament jurídic novè, foli 52, volum 2n). 4t) Contra aquesta sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona interposà la part demandant el present recurs de cassació, en el que s'invoca la infracció de les normes ja indicades, i es raonà, en síntesi, que la interpretació de la clàusula testamentària, litigiosa havia d'obeir al cànon hermenèutic resultant de la tradició jurídica catalana, és a dir, de la que anomena tesi subjectivista o de la voluntat prevalent del testador sobre el tenor literal del testament; s'afegia que el mateix article 675 del Codi civil que es diu opera supletòriament, també imposa idèntica interpretació espiritualista segons la doctrina jurisprudencial que esmenta. En aquesta línia, s'addueix que la sentència combatuda ha vulnerat aquestes normes interpretatives en desconèixer pautes hermenèutiques com les que les clàusules ambigües o fosques s'han d'interpretar en sentit favorable a la seva eficàcia, i ha negligit també la interpretació sistemàtica, així com el principi que en el supòsit de dubte la interpretació es farà sempre en el sentit més favorable a l'afavorit; posa, en definitiva, el recurrent tot l'èmfasi en allò que, al seu entendre, conforma l'error principal de la sentència objecte d'apel·lació, o sigui, el que gira entorn del concepte de necessitat d'un habitatge digne. 5è) Per la seva banda, la part impugnant del recurs, a més a més d'al·legar-ne la formalització defectuosa -punt que ja ha estat resolt-, s'oposa a l'únic motiu, ja referit, adduint que la literalitat del testament coincideix del tot amb la voluntat real de la testadora, ja que, en el supòsit d'haver-se volgut atorgar el dret d'ús i habitació a favor de la senyora Montserrat Estrada en els amplex termes que demana aquesta, hauria estat suficient, simplement, eliminar la condició esmentada. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Aquest únic motiu del recurs ha de claudicar pels motius següents:

A) La sentència que ha estat objecte de recurs en cap cas negligeix la tradició jurídica catalana, atès que s'hi fa expressa referència en el fonament jurídic tercer tot assenyalant que l'art. 110 del Codi de successions n'és emanació (precepte que s'ha indicat inaplicable al cas per raó tant de la data d'atorgament del testament com de l'obertura de la successió hereditària, ambdues anteriors a la promulgació del Codi referit). La tradició jurídica catalana ve, a més a més, explicitada exemplarment i exhaustiva en l'anterior fonament de dret, en el qual el "iudex a quo" assumeix precisament el cànon interpretatiu d'aquella, la pretesa vulneració de la qual, paradoxalment, conforma -junt amb la disposició final quarta- l'únic precepte de dret català aplicable al cas, (art. 1r de la Compilació) sobre el qual s'exerceix la censura jurídica, que, per això, està abocada al fracàs. Postula, en efecte, el recurrent, en termes literals, que "la interpretació d'aquest testament s'haurà de fer conforme la tradició jurídica catalana (tesi subjectivista, la qual intenta esbrinar la voluntat del testador en el moment de fer testament)". Doncs bé, com s'ha dit, de no altra eina interpretativa s'ha valgut la sentència combatuda des del moment que dedica, no ja part de l'esmentat fonament jurídic tercer, sinó íntegrament el segon a palesar que el criteri interpretatiu a emprar és el de capir l'autèntica voluntat del testador, i fa per això cita la sentència de distints passatges del Digest tan significatius com els de que "testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit" (el testament és la justa expressió de la nostra voluntat, d'allò que cadascú vol) i el de que "Optimum ergo esse Pedius ait, non propria verborum significationem scrutari, sed imprimis, quid testator demonstrare voluerit, deinde in qua praesuntione sint, qui in quaque regione conmorantur" (en conseqüència, diu Pedio que el millor no és esbrinar la pròpia significació de les paraules, sinó, abans que tot, el que hagi volgut dir el testador, i després, com ho entenen els que viuen en cada regió), i assenjala igualment la Resolució que es combat, amb referència al subsidiàriament aplicable article 675 del Codi civil, que aquest precepte "ha estat interpretat per la jurisprudència relativitzant el rigor de la tècnica gramatical en el sentit de que el significat literal de les paraules és una de les utilitzades per a la investigació de la voluntat del difunt i que sobre la literalitat sempre és preferent la voluntat del testador" (del fonament jurídic tercer).

B) Palesat, doncs, que la sentència qüestionada sí ha utilitzat l'hermenèutica pròpia de la tradició jurídica catalana, el recurs només podria reeixir en cas que en aquest àmbit cassacional hagués de prevaler una diferent interpretació. I al respecte, cal significar:

1r) Que és reiterada la jurisprudència segons la qual "la interpretació de los contratos o testamentos es función privativa del Tribunal de Instancia, cuyo resultado hermenéutica ha de ser mantenido y respetado en Casación, a no ser que el mismo llegue a conclusiones ilógicas, desorbitadas, erróneas o conculcadoras de un precepto legal" (S. del T.S. de 23-11-1992, per totes), havent manifestat aquest Tribunal (per exemple sentència de 30-11-1992) que "quiere decirse con ello que no debe pedirse al Tribunal Superior, a virtud del recurso de casación, que elija entre la interpretación que hace el Juez de Primera Instancia y la de la Sala de Apelación o entre cualquiera de las propuestas por los cuatro eximios juristas que han dictaminado en autos de forma divergente, pues la interpretación de la Audiencia es vinculante, salvo que quede demostrado que choca frontalmente con las leyes positivas o con las inderogables de la razón y de la lógica".

2n) Aquest Tribunal s'ha de manifestar, doncs, no sobre la interpretació que donaria a la disposició testamentària controvertida (puix que un pronunciament com aquest violentaria els límits naturals de la cassació), sinó sobre si la de la sentència objecte de recurs és absurda, arbitrària o contrària a norma valorativa de la prova.

I, respecte d'això, és veritat que tal interpretació de l'Audiència Provincial no és l'única possible, però tampoc ho és menys que la mateixa queda molt lluny de tenir alguns dels indicats defectes, ja que:

a) Resulta sobrerera la menor referència a una possible infracció de norma de valoració de prova taxada, la vulneració de la qual no ha estat ni tan sols al·legada.

b).- Ultrapassa aquest marc cassacional l'ofertament interpretatiu del recurrent basat en una divisió de la continença de l'argumentació jurídica de la sentència que combat. En manifestar l'actor que està totalment d'acord amb el paràgraf segon del fonament de dret vuitè i en absoluta discrepància amb els paràgrafs tercer i quart palesa que el que vol és substituir amb el seu interessat parer el sempre més objectiu del jutgador i en només allò que el beneficia.

Per això, resulta inexacte que tal Resolució desconeixi el principi hermenèutic d'indagació de la voluntat real de la testadora, com ja abans s'ha indicat a bastament en esmentar els fonaments de dret segon i tercer i com de bell nou resulta del fonament jurídic vuitè, en insistir la sentència contra la qual es recorre que "la investigació de la voluntat de la causant no permet l'anàlisi d'aquesta exclusivament des de la vessant lingüística...".

Tampoc resulta exacte que la dita sentència prescindeixi d'una interpretació favorable a la Sra. Montserrat Estrada com a afavorida pel que qualifica de sublegat, doncs prou clarament es diu en el fonament jurídic vuitè que el principi d'interpretació favorable a l'eficàcia del llegat "és determinant que no sigui exigible que la beneficiada pel mateix es vegi precisada de la vivenda de forma absoluta...".

Tampoc pot assumir-se la crítica del recurrent que tal sentència no aclareix l'ambigüitat del testament per no haver comparat unes clàusules amb les altres, ja que a aquesta integració harmònica del clàusules es refereix aquella, si bé "a contrari sensu" d'allò pretès per la Sra. Montserrat Estrada, en significar (fonament jurídic vuitè) que "una interpretació sistemàtica no permet integrar el llegat de la vivenda amb una disposició referent a un llegat diferent...". En aquest sentit, i si bé és cert que, en atorgar la Sra. Virgili el dret d'ús i habitació discutit a la seva filla Montserrat mentre no tingués possibilitat de residir en altre lloc, va exterioritzar una voluntat susceptible d'ésser interpretada en el sentit en què ho fa el recurrent, o sigui, en el de conferir aquest dret respecte un habitatge que havia d'ésser de característiques similars a l'habitatge de "Can Estrada", ja s'ha dit que aquesta no és l'única interpretació possible, doncs, essent plausible, també ho és la de l'Audiència Provincial en entendre que la voluntat de la mare era que no manqués mai a la dita filla, en cas de necessitat, la disponibilitat d'un habitatge digne.

Finalment, si respectable és el criteri que del concepte "necessitat" té la recurrent Sra. Montserrat, no ho és menys el definit en la sentència combatuda (fonament jurídic novè), ni, per tant, el seu judici de valor sobre que "els fets d'exercitar (la Sra. Montserrat Estrada) la seva professió en les localitats de Granollers i El Masnou i de patir una malaltia al·lèrgica deguda a la contaminació de Barcelona, tan sols determina una comoditat molt allunyada d'aquella necessitat inexistente, ja que la vivenda llegada a la seva germana no és l'única existent fora de Barcelona, ni en els mateixos indrets, sense que se'ns hagi demostrat mínimament que els rendiments professionals de l'actora siguin insuficients per a atendre raonablement les seves necessitats d'habitació pels seus mitjans".

El recurs no es pot estimar, doncs, sens perjudici, és clar, que una modificació substancial en les condicions personals o econòmiques del matrimoni integrat per la Sra. Montserrat Estrada i el seu espòs tinguessin virtualitat suficient per fer viable una nova postulació sobre la base d'entendre's complerta la condició testamentària tantes vegades referida. En definitiva, no cal insistir més que no s'està davant d'una tercera instància, si bé hom pot evocar allò ja dit per aquesta Sala en sentència de 22 d'octubre de 1991 respecte a casos de dubtosa interpretació (el que tampoc es pot predicar de l'ara examinat, malgrat l'element d'incertesa representat pel fet d'una hermenèutica discordant entre la sentència d'instància i la de l'Audiència Provincial) en el sentit que "àdhuc si la interpretació que s'efectua fos simplement dubtosa, el Tribunal de cassació no pot substituir-la per una altra de nova; i és que no es pot prescindir de la tasca de l'Audiència (o, en el seu cas, del Jutjat) pel simple fet que agradi o satisfaci més una altra apreciació diferent...".

Quart. Un cop desestimat el recurs de cassació, és procedent acordar la imposició de les costes a la part que recorre i la pèrdua del dipòsit, conformement a allò que estableix el darrer paràgraf de l'article 1.715 de la Llei d'enjudiciament civil.

EN NOM DEL REI I PER LA AUTORITAT QUE ENS HA CONFERIT EL POBLE ESPANYOL

DECIDIM

Que DESESTIMEM el recurs de cassació interposat pel procurador dels tribunals Sr. ANTONIO ANZIZU FUREST en representació processal de la Sra. Montserrat Estrada Virgili contra la sentència dictada per la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona de data vint-i-set de desembre de mil nou-cents noranta-cinc, CONFIRMANT íntegrament la resolució esmentada, amb la imposició de les costes causades a la part que recorre i amb la declaració de la pèrdua del dipòsit constituït.

S'ha de lliurar a l'esmentada Audiència el testimoniatge d'aquesta sentència amb les actuacions originals i el rotllo d'apel·lació que van ser tramesos el seu dia a aquest Tribunal. Aquesta és la nostra sentència, que pronunciem, manem i signem.

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Montserrat Estrada Virgili / Teresa Estrada Virgili</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">**Testamento: interpretación.- Tradición jurídica catalana.- Irretroactividad del artículo 110 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.- Recurso de casación: naturaleza jurídica.- Recurso de casación: alcance del formalismo en el recurso.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 27 de diciembre de 1995, como consecuencia de los autos del juicio declarativo de menor cuantía, sobre el ejercicio del derecho de uso y habitación, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Granollers. El recurso fue interpuesto por Dª. Montserrat Estrada i Virgili, representada por el Procurador D. Antonio Mª. de Anzizu i Furest y asistida por el Letrado D. Juli de Miquel Berenguer, siendo la parte recurrida Dª. Mª. Teresa Estrada i Virgili, representada por el Procurador D. Narcís Ranera i Cahís y defendida por el letrado D. Doménech Forns i Casacuberta.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Granollers tramitó el juicio de menor cuantía nº 175/93 promovido por la demanda presentada por Dª. Montserrat Estrada i Virgili, en la que, expuestos los hechos y fundamentos jurídicos, solicitaba se dictase “sentencia por la que estimando la demanda se condene a la demandada a que haga entrega a mi principal de la posesión que le corresponde en concepto de sublegado y ejecute cuantos actos sean precisos en orden al ejercicio del derecho de uso y habitación conferido, condenándole asimismo a que se abstenga de cualquier impedimento que tienda a dificultarlo o impedirlo”. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Dª. Mª. Teresa Estrada i Virgili, parte demandada, se personó en los autos contestando a la demanda. Oponiéndose con fundamentos jurídicos y de hecho, solicitando: “y previos los trámites legales oportunos y pruebas a practicar, dicte sentencia por la que se declara no ha lugar a los pedimentos interesados de contrario por no concurrir la voluntad que a tal fin estableció la testadora según los términos del testamento, con expresa imposición de las costas del proceso a la actora”. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Unidas las pruebas practicadas a los autos y previos los trámites legales oportunos, el Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Granollers dictó sentencia el 30 de junio de 1994, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “Que desestimando la demanda interpuesta por Montserrat Colomina Danti obrando en nombre y representación de MONTSERRAT ESTRADA VIRGILI, contra MARÍA TERESA ESTRADA VIRGILI representada por el Procurador Ramón Daví Navarro, debo absolver a ésta de todos los pedimentos contenidos en el escrito de demanda interpuesto en su contra. Con expresa imposición de costas a la parte actora”. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>La demandada Dª. Montserrat Estrada i Virgili interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que tramitó el rollo de alzada nº 723/94. La Sección 15ª dictó sentencia el 27 de diciembre de 1995, cuya parte dispositiva dice: “FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Granollers, en fecha treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro, la confirmamos íntegramente, sin hacer declaración respecto de las costas causadas en la alzada”. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>El Procurador D. Antoni Mª. de Anzizu Furest, causídico de Dª. Montserrat Estrada i Virgili, formuló recurso de casación ante esta Sala contra la Sentencia de apelación, conteniendo el siguiente motivo: “Único motivo de casación. Al amparo del artículo 1.692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1 de la Ley de 20 de marzo de 1984 aprobando la Compilación del derecho civil de Cataluña, la disposición final cuarta del mismo texto, así com la interpretación dada por la jurisprudencia del artículo 675 del Código Civil”. La Sala, mediante la resolución del 17 de marzo de 1997, decretó la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto con entrega de copia a la parte recurrida personada, que lo impugnó dentro del plazo concedido. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>La vista oral y pública del recurso se celebró el pasado ocho del corriente, con la asistencia de los letrados de las partes y de la representación procesal. Exponiendo los letrados lo más conveniente en defensa de sus respectivas pretensiones. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sala, D. Ponç Feliu i Llansá. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FUNDAMENTOS DE DERECHO</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Se fundamenta el presente recurso en un único motivo deducido al amparo del artículo 1.692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que invoca la infracción del art. 1º de la Ley de 20 de marzo de 1984, aprobando la Compilación de derecho civil de Cataluña, y la de la disposición final cuarta del mismo texto, así como de la interpretación que la jurisprudencia da al artículo 675 del Código Civil. Este enunciado y el mismo desarrollo del recurso posibilita que la parte que lo impugna oponga, en primer lugar, su defectuosa formalización aduciendo que tan genérica referencia no cumple una mínima técnica casacional, porque ni se determina ni se concreta con la precisión exigible cómo y por qué la sentencia objeto de casación ha vulnerado los numerales referidos.

La cuestión, en la medida que pertenece al orden público procesal, merece una atención preferente de la Sala, y ello a pesar de que la parte impugnante no haya hecho en el acto de la vista la menor alusión a tan capital aspecto, en relación al que cabe hacer las consideraciones siguientes:

a) Aún puede considerarse sustancialmente vigente, a pesar de las profundas reformas de la casación producto de las leyes 34/84, de 6 de agosto, y 19/1993, de 30 de abril, la jurisprudencia según la cual “la técnica jurídica relativa a los Recursos de Casación exige que se cite con precisión y claridad la Ley o Doctrina Legal que se crea infringida y el motivo en que lo haya sido, sin confusionismos por citas vagas, genéricas o indeterminadas” (Sentencia de 20.12.1989).

Y, en esta línea, tiene que convenirse con la parte impugnante que ni el artículo primero y aún menos la disposición final cuarta de la Compilación del derecho civil de Cataluña no parecen precisamente los más aptos, por la referida razón de generalidad, para ser invocados en sede casacional.

b) Sin embargo, no acaba de apreciar el Tribunal la concurrencia de la causa de inadmisión -que en este trámite sería de desestimación- porque:

1º. Es innegable la falta de rigor formalista antes tan característica de este recurso extraordinario, producto, por una parte, de la insistencia del Tribunal Constitucional en la necesidad de mitigarlo para una más fácil penetración del principio “pro actione”, inmanente en el artículo 24 de la C.E.; y, por otra parte, de las previsiones de la exposición de motivos de la referida Ley 19/93, de 30 de abril, que expresamente alude a “que se regula la admisión del recurso de casación lejos de todo formalismo”. Y es que debe recordarse que ya mucho antes de la promulgación de esta última Ley había apuntado el Tribunal Constitucional que una formalización defectuosa “no puede llevar a la inadmisión del recurso si no ha impedido la correcta ordenación del debate procesal, dentro de los límites materiales de la casación civil” o “la comprensión por el Juzgador y la parte contraria del fundamento del recurso” (sentencias del TC 81/86, de 20 de junio, y 6/89, de 19 de enero).

2º. Respecto de lo demás, el artículo primero de la Compilación, a pesar de su carácter enunciativo y programático y, por tanto, de redacción necesariamente genérica, contiene una concreta referencia a que en la tarea interpretativa se tendrá que tomar en consideración, entre otros elementos, la tradición jurídica catalana, que, como ya dijo este Tribunal en la sentencia de 16 de febrero de 1991, “toma cuerpo en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de la que deriva”.

Y esto es lo que permite al recurrente auxiliarse, aunque no sea aplicable por razón de irretroactividad, con el art. 110 del Código de Sucesiones (Ley 400/91, de 30 de diciembre), para concluir que, puesto que el mismo precepto es fruto de la referida tradición jurídica, al disponer tal precepto que en la interpretación de cualquier testamento hay que atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador, sin tener que sujetarse necesariamente al significado literal de las palabras empleadas, queda así patente que aquella tradición jurídica catalana goza en grado suficiente de dimensión concreta para ser vulnerada, que es lo que sostiene el referido recurrente que ha hecho la Audiencia Provincial en la sentencia que combate, al atribuirle la infracción expresada de esta norma de hermenéutica.

Por tanto, haciendo ahora abstracción de la existencia o no de esta vulneración -cosa que será dilucidada oportunamente-, tiene que concluirse que la censura jurídica goza de concreción suficiente para hacer viable este recurso, y tiene que excluirse el rechazo “in límine” pretendido por la parte impugnante, puesto que, en definitiva, se alega, aunque sea en los términos referidos, la infracción de precepto del Derecho civil de Cataluña.

Y ello comporta, pues, la necesidad de que la Sala analice el único motivo de crítica. </s></p></div3>

<div3 n=2>

Segundo. - Para resolverlo es conveniente la reseña de los hechos siguientes: 1º) Meses antes de su muerte -que ocurrió el 27 de agosto de 1991- D^a. Francesca Virgili Angelet, madre de las ahora litigantes, D^a. Montserrat y D^a. Teresa Estrada Virgili, otorgó con fecha 5 de octubre de 1990 testamento en el que, en la parte que ahora interesa, disponía que “Lega a su hija M^a. Teresa Estrada Virgili la casa en que habita la testadora, conocida por Can Estrada...”, y que “En la finca legada tendrá derecho de uso y habitación su hija Monserrat Estrada y el esposo de ésta D. Jaime Miralles mientras no tengan posibilidad de residir en otro lugar y en todo caso un plazo máximo de quince años a contar del fallecimiento de la testadora; en caso de hacer uso de este derecho sufragaría por mitad con su hermana Teresa los gastos de contribución, teléfono, luz, agua similares...”, y se dispuso también seguidamente que “Lega a su hija Montserrat Estrada Virgili el dinero en efectivo metálico y el que tenga depositado en cualquier cuenta corriente o libreta de ahorro. La legataria no podrá disponer del mismo hasta que hayan transcurrido al menos quince años desde el fallecimiento de la testadora, salvo que sea para destinarlo a la adquisición o construcción de una vivienda de características similares a la legada a su hermana M^a. Teresa y que habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad única y exclusivamente a favor de su hija Montserrat...”. 2º) La expresada testadora murió sin haber modificado el testamento referido, que provocó que, transcurrido un tiempo potencial, D^a. Montserrat Estrada, demandante y ahora recurrente, reclamase a su hermana Teresa el legado de uso y habitación de la finca indicada, que ya en vida de la madre fue dividida en dos viviendas diferenciadas e independientes, de modo que residían en el primer piso D^a. M^a. Teresa Estrada y su marido y en la planta baja la causante y D^a. Montserrat Estrada, hasta que esta última se casó, y paso entonces a residir en Barcelona, en una finca de su marido, sede del domicilio conyugal, lo cual no excluyó visitas o estancias frecuentes de D^a. Montserrat Estrada en la planta baja de la expresada casa solariega de Granollers, a causa de la enfermedad de la madre y de la condición de médico -que facilitaba la terapia - de la hija. Si bien D^a. Montserrat Estrada tiene la copropiedad indivisa con su hermana, D^a. M^a. Teresa Estrada, de diversas fincas rústicas, no consta que sea titular de ninguna finca urbana, puesto que la de Barcelona es de su marido, teniendo D^a. Montserrat Estrada sólo la propiedad de una plaza de aparcamiento. Hay que reseñar también que la demandante D^a. Montserrat ejerce su profesión de médico en las localidades de El Masnou y Granollers, donde se desplaza desde Barcelona. Igualmente, la expresada actora ha tenido que ser tratado de una afección de tipo rinitis alérgica, por lo que está contraindicada la residencia en Barcelona, a causa de la polución de esta ciudad. 3º) Ante la oposición de la demandada de que su hermana ocupase la parte baja de la casa referida al considerar que no se cumplía la condición que afectaba a su derecho de uso y habitación expresado, interpuso aquélla la reclamación judicial correspondiente, que registró una primera sentencia con fecha 30 de julio de 1994 en la que el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Granollers desestimó aquella pretensión fundamentalmente sobre la base que la condición de acceso a la vivienda “Sólo podría darse y así lo establece la testadora como hipotética con la expresión “en caso de hacer uso de este derecho” si la actora no hubiese dispuesto del dinero que le legó su madre o no hubiera podido adquirir una vivienda por causas ajenas a su voluntad. Ninguno de estos dos extremos han sido aportados al juicio por la demandante en defensa del derecho que reclama, por lo que su pretensión debe ser desestimada” (Del fundamento jurídico segundo, folio 269 del volumen 1º). Apelada esta sentencia, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la confirmó por otra de 27 de diciembre de 1995, si bien por diferente fundamentación jurídica, al razonar, también en síntesis, que “El derecho de uso y habitación no quedó a la libre voluntad de la beneficiada ni condicionado a la posibilidad de ocupar una vivienda similar a la legada, sino a la precisión de una vivienda digna. No podemos admitir, en consecuencia, el concepto de necesidad pretendido por la demandante, que en ningún momento hace referencia a una verdadera necesidad...” (fundamento jurídico noveno, folio 52, volumen 2º). 4º) Contra esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona interpuso la parte demandante el presente recurso de casación, en el que se invoca la infracción de las normas ya indicadas, y se razona, en síntesis, que la interpretación de la cláusula testamentaria, litigiosa tenía que obedecer al canon hermenéutico resultante de la tradición jurídica catalana, es decir, de la que denomina tesis subjetivista o de la voluntad prevalente del testador sobre el tenor literal del testamento; se añadía que el mismo artículo 675 del Código Civil que se dice opera supletoriamente, también impone idéntica interpretación espiritualista según la doctrina jurisprudencial expresada. En esta línea, se aduce que la sentencia combatida ha vulnerado estas normas interpretativas al desconocer pautas hermenéuticas como las que las cláusulas ambiguas u oscuras tienen que interpretarse en sentido favorable a su eficacia, y ha descuidado también la interpretación sistemática, así como el principio de que en el supuesto de duda la interpretación se hará siempre en el sentido más favorable al favorecido; pone, en definitiva, el recurrente todo el énfasis en lo que, a su entender, conforma el error principal de la sentencia objeto de apelación, o sea, lo que gira en torno al concepto de necesidad de una vivienda digna. 5º) Por su parte, la parte impugnante del recurso, además de alegar la formalización defectuosa -punto que ya ha sido resuelto-, se opone al único motivo, ya referido, aduciendo que la literalidad del testamento coincide del todo con la voluntad real de la testadora, ya que, en el supuesto de haberse querido otorgar el derecho de uso y habitación a favor de D^a. Montserrat Estrada en los amplios términos que pide ésta, habría sido suficiente, simplemente, eliminar la condición expresada.

<div3 n=3>

Tercero. - Este único motivo del recurso tiene que claudicar por los motivos siguientes:

A) La sentencia que ha sido objeto de recurso en ningún caso descuida la tradición jurídica catalana, puesto que se hace expresa referencia en el fundamento jurídico tercero señalando que el art. 110 del Código de sucesiones emana de ella (precepto que se ha indicado inaplicable al caso por razón tanto de la fecha de otorgamiento del testamento como de la apertura de la sucesión hereditaria, ambas anteriores a la promulgación del Código referido). La tradición jurídica catalana viene, además, explicitada ejemplar y exhaustivamente en el anterior fundamento de derecho, en el que “iudex a quo” asume precisamente el canon interpretativo de aquélla, cuya pretendida vulneración, paradójicamente, conforma -junto con la disposición final cuarta- el único precepto de derecho catalán aplicable al caso, (art. 1º de la Compilación) sobre el que se ejerce la censura jurídica, que, por eso, está abocada al fracaso. Postula, en efecto, el recurrente, en términos literales, que “la interpretación de este testamento tendrá que hacerse conforme a la tradición jurídica catalana (tesis subjetivista, que intenta averiguar la voluntad del testador en el momento de hacer testamento)”. Pues bien, como se ha dicho, de no otra herramienta interpretativa se ha valido la sentencia combatida desde el momento que dedica, no ya parte del expresado fundamento jurídico tercero, sino íntegramente el segundo a evidenciar que el criterio interpretativo a emplear es el de comprender la auténtica voluntad del testador, y por eso cita la sentencia distintos pasajes del Digesto tan significativos como los de que “testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit” (el testamento es la justa expresión de nuestra voluntad, de lo que cada uno quiere) y el de que “Optimum ergo esse Pedius ait, non propria verborum significationem scrutari, sed imprimis, quid testator demonstrare voluerit, deinde in quae praesuntione sint, qui in quaque regione commorantur” (en consecuencia, dice Pedio que lo mejor no es averiguar la propia significación de las palabras, sino, antes que nada, lo que haya querido decir el testador, y después, como lo entienden quienes viven en cada región), y señala igualmente la Resolución combatida, con referencia al subsidiariamente aplicable artículo 675 del Código Civil, que este precepto “ha sido interpretado por la jurisprudencia relativizando el rigor de la técnica gramatical en el sentido de que el significado literal de las palabras es una de las utilizadas para investigación de la voluntad del difunto y que sobre la literalidad siempre es preferente la voluntad del testador” (del fundamento jurídico tercero).

B) Evidenciado, pues, que la sentencia cuestionada sí utiliza la hermenéutica propia de la tradición jurídica catalana, el recurso sólo podría prosperar en caso de que en este ámbito casacional tuviese que prevalecer una diferente interpretación. Y al respecto, hay que significar:

1º) Que es repetida la jurisprudencia según la que “la interpretación de los contratos o testamentos es función privativa del Tribunal de Instancia, cuyo resultado hermenéutico tiene que ser mantenido y respetado en Casación, a no ser que el mismo llegue a conclusiones ilógicas, desorbitadas, erróneas o conculcadoras de un precepto legal” (Sentencia del T.S. de 23.11.1992, por todas), habiendo manifestado este Tribunal (por ejemplo sentencia de 30.11.1992) que “quiere decirse con ello que no debe pedirse al Tribunal Superior, a virtud del recurso de casación, que elija entre la interpretación que hace el Juez de Primera Instancia y la de la Sala de Apelación o entre cualquiera de las propuestas por los cuatro eximios juristas que han dictaminado en autos de modo divergente, pues la interpretación de la Audiencia es vinculante, salvo que quede demostrado que choca frontalmente con las leyes positivas o con las inderogables de la razón y de la lógica”.

2º) Este Tribunal tiene que manifestarse, pues, no sobre la interpretación que daría a la disposición testamentaria controvertida (puesto que un pronunciamiento como este violentaría los límites naturales de la casación), sino sobre si la de la sentencia objeto de recurso es absurda, arbitraria o contraria a norma valorativa de la prueba.

Y, respecto a ello, es verdad que tal interpretación de la Audiencia Provincial no es la única posible, pero tampoco lo es menos que la misma queda muy lejos de tener algunos de los indicados defectos, puesto que:

a) Resulta sobra la menor referencia a una posible infracción de norma de valoración de prueba tasada, cuya vulneración no ha sido ni siquiera alegada.

b) Sobre pasa este marco casacional el ofrecimiento interpretativo del recurrente basado en una división de la continencia de la argumentación jurídica de la sentencia que combate. Al manifestar el actor que está totalmente de acuerdo con el párrafo segundo del fundamento de derecho octavo y en absoluta discrepancia con los párrafos tercero y cuarto evidencia que lo que quiere es sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo del juzgador y sólo en aquello que le beneficia.

Por ello, resulta inexacto que tal Resolución desconozca el principio hermenéutico de indagación de la voluntad real de la testadora, como ya antes se ha indicado suficientemente al mencionar los fundamentos de derecho segundo y tercero y como en principio resulta del fundamento jurídico octavo, al insistir la sentencia recurrida en que “la investigación de la voluntad de la causante no permite el análisis de ésta exclusivamente desde la vertiente lingüística...”

Tampoco resulta exacto que dicha sentencia prescinda de una interpretación favorable a Dª. Montserrat Estrada como favorecida por lo que califica de sublegado, pues bastante claro se dice en el fundamento jurídico octavo que el principio de interpretación favorable a la eficacia del legado “es determinante que no sea exigible que la beneficiada por el mismo se vea necesitada de la vivienda absolutamente...”

Tampoco puede asumirse la crítica del recurrente que tal sentencia no aclare la ambigüedad del testamento por no haber comparado unas cláusulas con otras, ya que a esta integración armónica de cláusulas se refiere aquélla, si bien “a contrari sensu” de lo pretendido por Dª. Montserrat Estrada, al significar (fundamento jurídico octavo) que “una interpretación sistemática no permite integrar el legado de la vivienda con una disposición referida a un legado diferente...”. En este sentido, y si bien es cierto que, al otorgar la Sra. Virgili el derecho de uso y habitación discutido a su hija Montserrat mientras no tuviese posibilidad de residir en otro lugar, exteriorizó una voluntad susceptible de ser interpretada en el sentido en que lo hace el recurrente, o sea, en el de conferir este derecho respecto de un habitáculo que tenía que ser de características similares a la vivienda de “Can Estrada”, ya se ha dicho que ésta no es la única interpretación posible, pues, siendo plausible, también lo es la de la Audiencia Provincial al entender que la voluntad de la madre era que no faltase nunca a dicha hija, en caso de necesidad, la disponibilidad de una vivienda digna.

Finalmente, si respetable es el criterio que del concepto "necesidad" tiene la recurrente D^a. Montserrat, no lo es menos el de la sentencia combatida (fundamento jurídico noveno), ni, por tanto, su juicio de valor sobre que "el hecho de ejercitar (D^a. Montserrat Estrada) su profesión en las localidades de Granollers y El Masnou y de sufrir una enfermedad alérgica debida a la contaminación de Barcelona, sólo determina una comodidad muy alejada de esta necesidad inexistente, puesto que la vivienda legada a su hermana no es la única existente fuera de Barcelona, ni en los mismos lugares, sin que se nos haya demostrado mínimamente que los rendimientos profesionales de la actora sean insuficientes para atender razonablemente sus necesidades de habitación por su propios medios".

El recurso no puede estimarse, pues, sin perjuicio, claro, de que una modificación sustancial en las condiciones personales o económicas del matrimonio integrado por D^a. Montserrat Estrada y su esposo tuviesen virtualidad suficiente para hacer viable una nueva postulación sobre la base de entenderse cumplida la condición testamentaria tantas veces referida.

En definitiva, no hay que insistir más en que no se está ante una tercera instancia, si bien se puede evocar lo ya dicho por esta Sala en sentencia de 22 de octubre de 1991 respecto de casos de dudosa interpretación (lo que tampoco se puede predicar del ahora examinado, a pesar del elemento de incertidumbre representado por el hecho de una hermenéutica discordante entre la sentencia de instancia y la de la Audiencia Provincial) en el sentido que "incluso si la interpretación que se efectuó fuese simplemente dudosa, el Tribunal de casación no puede sustituirla por otra nueva; y es que no se puede prescindir de la tarea de la Audiencia (o, en su caso, del Juzgado) por el simple hecho de que agrade o satisfaga más otra apreciación diferente..."

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">Cuarto. - </hi>Desestimado el recurso de casación, procede acordar la imposición de las costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito, conforme a lo establecido en el último párrfo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>EN NOMBRE DEL REY Y POR LA AUTORIDAD CONFERIDA POR LA CONSTITUCIÓN</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Que DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO ANZIZU FUREST en representación procesal de D^a. Montserrat Estrada Virgili contra la sentencia dictada por la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, CONFIRMANDO íntegramente la expresada resolución con imposición de las costas causadas a la parte recurrente y con la declaración de la pérdida del depósito constituido.

Entréguese a la expresada Audiencia testimonio de esta sentencia con los autos originales y el rollo de apelación que en su día se enviaron a este Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">SENTÈNCIA DE 29 DE MAIG DE 1997</head>

<head type=sub rend="bo">Maria i Froilà Almirall i Rovira / Caixa d'Estalvis del Penedès</head>

<head type=sub rend="bo">A) Text original</head>

<head type=sub rend="bo">Reserva binupcial: normativa aplicable i fonament.- Posició jurídica dels reservataris.- Terceria de domini interposada pels reservataris: improcedència.- Distribució dels béns reservables pel reservista: efectes.- Acceptació de l'herència: necessitat d'una delació prèvia.- Recurs de cassació: abast del formalisme en el recurs.</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats esmentats damunt, HA VIST el recurs de cassació contra la sentència que la Secció Catorze de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar en grau d'apel·lació el 22 de juliol de 1996, com a conseqüència de les actuacions del judici declaratiu de menor quantia sobre terceria de domini, tramitats en el Jutjat de 1a Instància núm. 1 de Vilafranca del Penedès. El recurs el va interposar la Sra. Maria i el Sr. Froilà Almirall Rovira, representats per la procurador Sra. Ma. Teresa Aznárez Domingo, assistit pel lletrat Sr. José Luis Yustas Mateo, essent part recorreguda la Caixa d'Estalvis del Penedès, representada pel procurador Sr. Jordi Fontquerni Bas i defensada pel lletrat Sr. Martí Soler Bordes, sense que hagi comparegut l'altra part recorreguda, la herència jacent del Sr. Alfons Almirall Sardà.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">FETS</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">Primer.</hi> El Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Vilafranca del Penedès va tramitar el judici de menor quantia núm. 108/93 que va promoure mitjançant demanda la Sra. Maria i el Sr. Froilán Almirall Rovira, contra la Caixa d'Estalvis del Penedès i l'herència jacent del Sr. Alfons Almirall Rovira, en què, després d'exposar els fets i els fonaments jurídics, va demanar que es "dictara sentència condenando a la parte demandada en el sentido de que se decretase la nulidad de los embargos trabados en la finca propiedad de la parte actora, decretada en los autos de juicio Ejecutivo 47/1995 de dicho Juzgado, instandos por la entidad demandada y se suspendiera la subasta acordada en los mismos".</s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon.</hi> Una vegada es va admetre a tràmit la demanda, es va emplaçar als demandats i va comparèixer la Caixa d'Estalvis del Penedès, la qual va exposar excepció dilatòria de litispèndència, i va testestar a la demanda, al·legant amb arguments fàctics i jurídics que va considerar oportuns, i finalment va demanar: "que se dictara sentència absolviéndola de la demanda con imposición de las costas a los actores"; sense haver comparegut la demandada l'herència jacent del Sr. Alfons Almirall Sardà, la qual se la va declarar en rebel·lia, tenint per contestada la demanda i les actuacions varen seguir el seu curs, celebrant la compareixença que preveu l'article 691 i següents de la Llei d'enjudiciament civil amb el resultat que es de veure en les actuacions, es va rebre el plet a prova, portant a efecte les propostes que van ser admeses.</s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">Tercer.</hi> Un cop adjuntades les proves practicades i havent-se fet els tràmits legals previs, el magistrat jutge de 1a Instància núm. 1 de Vilafranca del Penedès va dictar sentència el 5 de novembre de 1994, la qual té la decisió següent: "Que desestimando la demanda promovida por la Procuradora de los Tribunales Dª. Isabel Pallerola Font, en nombre y representación de D. Froilán Almirall Rovira y Dª. María Almirall Rovira, frente a Caixa d'Estalvis del Penedès y la Herencia Yacente de D. Alfonso Almirall Sardà, debo decretar y decreto el mantenimiento de los embargos en su día trabados en el juicio Ejecutivo seguido en este Juzgado con el número 47/1985 sobre las fincas registrales números 733, 444, 781, 441, 445, 263 i 521 del Registro de la Propiedad de El Vendrell y 7.145, 7.146 y 609 del Registro de la Propiedad de esta villa; todo ello haciendo expresa condena en costas a la parte actora por imperativo legal".</s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">Quart.</hi> Contra l'anterior sentència els actors Srs. Froilán i Sra. Maria Almirall Rovira van interposar recurs d'apel·lació davant la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual en data 22 de juliol de 1996 va dictar sentència, la part dispositiva de la qual era: "Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Froilán y Dª. María Almirall Rovira, contra la Sentencia dictada en fecha 4 de Noviembre de 1994, por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vilafranca del Penedès, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente".</s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** </hi> La procurador Sra. Maria Teresa Aznárez Domingo, causídica del Sr., Froilà i de la Sra. Maria Mirall Rovira, va formular recurs de cassació davant d'aquesta Sala contra la sentència d'apel·lació, basat en el motiu següent: "Primer i Únic motiu de cassació. Per infracció de les normes de l'ordenament jurídic i la jurisprudència aplicable.

Mitjançant la resolució de 24 de març de 1997, la Sala va decretar l'admissió a tràmit del recurs de cassació interposat i va senyalar per celebrar la votació el dia 12 d'aquest mes. </s></p>

</div3>

<div3><p><s> Hi ha actuat com a ponent el magistrat Sr. Lluís Puig i Ferriol. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Les qüestions que s'han de resoldre en aquest recurs de cassació, tenen el seu origen en els fets següents:

1.- Els senyors Alfons Mirall i Sardà i Maria Rovira i Roig van contraure matrimoni el dia 13 de setembre de 1939 i van tenir tres fills, Maria, Froilà i Josep Mirall i Rovira. La senyora Maria Rovira i Roig va atorgar testament el dia 13 d'agost de 1958, en el qual llegava als seus fills allò que per llegítima els corresponia en l'herència materna i instituïa hereu el seu marit senyor Alfons Mirall i Sardà. La testadora va morir el dia 5 de setembre de 1978 i el dia 13 de febrer de 1979 els senyors Alfons Mirall i Sardà, Josep i Maria Mirall i Rovira van atorgar una escriptura d'acceptació i inventari de l'herència de la senyora esmentada.

2. El vidu senyor Alfons Mirall i Sardà va contraure segones núpcies amb la senyora Rosa Guillaumes i Palou el dia 7 d'agost de 1981.

3. L'any 1985 la Caixa d'Estalvis del Penedès va interposar una demanda de judici executiu contra els senyors Alfons Mirall i Sardà, Josep Mirall i Rovira i Cereales i Piensos, SA, de resultes de la qual van ésser embargades el mateix any 1985 unes finques que el defenent, senyor Alfons Mirall i Sardà, havia adquirit com a hereu testamentari de la seva primera esposa, la senyora Maria Rovira i Roig.

4. El dia 6 d'octubre de 1989 el Jutjat de Primera Instància número 1 de Vilafranca del Penedès va dictar sentència en el judici incidental que havia interposat la senyora Maria Mirall i Rovira contra el seu pare senyor Alfons Mirall i Sardà, en la qual condemnava el defenent a atorgar escriptura pública per a la inscripció i anotació en el Registre de la Propietat a favor de l'agent i del seu germà senyor Josep Mirall i Rovira del caràcter de reservables de les finques que el defenent havia adquirit com a hereu de la seva primera esposa, segons la relació de finques que es troba en l'escriptura d'inventari abans esmentada de 13 de febrer de 1979.

5. El dia 4 de novembre de 1989 el senyor Froilà Mirall i Rovira va interposar una demanda de terceria de domini contra la Caixa d'Estalvis del Penedès i contra el seu pare senyor Alfons Mirall i Sardà, en la qual demanava que es dictés sentència que decretés la nul·litat o, si era el cas, la resolució dels embargaments a favor de la Caixa d'Estalvis del Penedès, que s'havia practicat sobre finques que procedien de l'herència de la senyora Maria Rovira i Roig, la propietat de les quals corresponia a l'agent de la demanda de terceria de domini. Aquesta demanda va ésser desestimada per sentència que va dictar el Jutjat de Primera Instància número 1 de Vilafranca del Penedès el dia 9 de juliol de 1991, que posteriorment va ésser confirmada en grau d'apel·lació per sentència que va dictar la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 20 de juliol de 1993.

6. El senyor Alfons Mirall i Sardà va atorgar testament el dia 6 de novembre de 1991, en el qual manifestava que no ordenava cap disposició a favor del seu fill Josep perquè ja havia rebut béns en vida en quantitat suficient, ordenava uns prelegats a favor dels seus fills Maria i Froilà en pagament dels seus drets de llegítima paterna i instituïa hereus aquest dos fills per parts iguals. El testador va morir el dia 2 de març de 1992.

7. El dia 16 de març de 1993 els senyors Maria i Froilà Mirall i Rovira van atorgar una escriptura pública de manifestació i acceptació d'herència, en la qual els atorgants accepten l'herència materna i adjudiquen els béns reservables per meitats indivises, de conformitat amb la distribució dels béns reservables que havia fet el seu pare en el testament abans esmentat de l'any 1991.

8. D'acord amb aquests antecedents, els senyors Froilà i Maria Mirall i Rovira han interposat una demanda de terceria de domini contra la Caixa d'Estalvis del Penedès i contra l'herència jacent del senyor Alfons Mirall i Sardà, en la qual sol·liciten que en el seu moment es dicti sentència que declari la nul·litat o ineficàcia dels embargaments que va fer l'entitat demandada sobre finques que procedien de l'herència de la senyora Maria Rovira i Roig. La Caixa d'Estalvis del Penedès va al·legar, en el seu escrit de contesta a la demanda, l'excepció dilatòria de litispèndencia i que la reserva binupcial sols afecta a terceres persones des de la seva constància en el Registre de la Propietat. El Jutjat de Primera Instància número 1 de Vilafranca del Penedès va dictar sentència el dia 5 de novembre de 1994, que desestimava la demanda de terceria de domini. Aquesta resolució va ésser confirmada per sentència que en grau d'apel·lació va dictar la Secció Catorze de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 22 de juliol de 1996.

La part agent ha interposat recurs de cassació contra aquesta sentència davant la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Cal esmentar, inicialment, que la part que recorre formula un motiu únic de cassació, sense esmentar en quin dels apartats de l'article 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil el fonamenta, encara que hem d'entendre que el fonamenta en l'apartat quart del precepte esmentat, ja que al·lega infracció de les normes de l'ordenament jurídic i de la jurisprudència aplicable. De totes formes la mateixa part que recorre no ha tingut la precaució d'assenyalar en l'encapçalament del motiu els preceptes de l'ordenament jurídic aplicables al cas ni tampoc la jurisprudència aplicable ni en l'encapçalament ni en el desenvolupament del motiu de cassació.

En aplicació estricta del formalisme que presideix el recurs de cassació, aquest defectes es podrien creure suficients per desestimar en aquest tràmit processal el recurs sobre la base del que disposen els articles 1.692, 1.707 i 1.710.1,2a, de la Llei d'enjudiciament civil. Això no obstant i per tal d'evitar un rigor formalista que tal vegada es pot considerar excessiu, i en aplicació també del principi *pro actione* que es deriva de l'article 24 de la Constitució espanyola, el Tribunal considera escaient examinar i resoldre les qüestions que planteja el motiu esmentat del recurs, ja que no existeix una impossibilitat de determinar la seva fonamentació ni la normativa aplicable a la qüestió de fons. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Hi ha conformitat entre les parts litigants, i també ho accepten de forma pacífica les sentències que han recaigut en les instàncies inferiors, que ens trobem davant d'un supòsit de reserva binupcial, ja que el senyor Alfons Almirall i Sardà, que havia tingut descendència del seu primer matrimoni, va contraure segones núpcies l'any 1981. Si tenim en compte que la reserva s'origina per les segones noces del vidu o de la vídua, cal precisar que aquesta reserva binupcial es regeix per les normes vigents en el dret civil de Catalunya en el moment d'originar-se la reserva l'any 1981, que eren els articles 269, 270 i 271 de la Compilació del dret civil de Catalunya, en la seva redacció originària, ja que segons l'apartat primer de l'article 269, els béns que el vidu o la vídua hagin adquirit per qualsevol títol lucratiu del seu consort difunt, des del moment de les segones noces passen per ministeri de la llei a tenir el caràcter de reservables a favor dels fills o descendents del primer matrimoni. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> El problema fonamental que planteja el recurs es deriva del fet que la reserva va néixer l'any 1981, que els béns reservables van ésser objecte d'embargament per part de l'entitat contra la qual es recorre l'any 1985 com a conseqüència d'una demanda executiva que havia interposat contra el reservista i que fins l'any 1989 no es va fer contar en el Registre de la Propietat que els béns embargats tenien el caràcter de reservables a favor de la descendència del primer matrimoni del reservista.

En aquest punt cal recordar que es discuteix a nivell doctrinal la posició jurídica dels reservataris abans de la mort del reservista i, als efectes que ara i aquí interessin, és suficient assenyalar que si ens atem a la disposició que es trobava a l'article 269, apartat segon, de la Compilació del dret civil de Catalunya, en la seva redacció originària, els béns reservables o llurs subrogats són deferits als reservataris, fills o descendents del primer matrimoni, en morir el cònjuge bínube i si en aquest moment es produeix la delació a favor dels reservataris, que els atorga la possibilitat immediata d'acceptar o repudiar el patrimoni o els béns objecte de la reserva (segons resulta de l'article 991 del Codi Civil, vigent aleshores en el dret successori català), això vol dir també que abans de la mort del reservista aquest era propietari dels béns reservables, encara que el seu dret de propietat no es pot qualificar de definitiu i, en conseqüència, en aquesta fase de la reserva anterior a la mort del reservista, els reservataris tenen únicament una expectativa jurídicament protegida sobre els béns objecte de la reserva, però no tenen cap dret real actual sobre aquests béns, sinó únicament la facultat de demanar les mesures precautòries que estableixen els articles 977 i 978 del Codi civil i de l'article 184 de la Llei hipotecària, per tal d'evitar que el reservista pugui frustrar de forma arbitrària l'expectativa dels reservataris sobre els béns reservables. Com resulta de la sentència del Tribunal Suprem de 19 de gener de 1935, el fet que uns béns tinguin el caràcter de reservables no implica que els reservataris tinguin un dret actual pur i exclusiu sobre aquests béns, sinó únicament la circumstancial i condicionada constatació que actualment els béns tenen la condició de reservables; o com precisa la sentència posterior del mateix Tribunal de 17 de juny de 1967, en la fase de pendència de la reserva els drets dels reservataris es redueixen a una expectativa jurídicament protegida.

De totes aquestes consideracions resulta que l'any 1985 el senyor Alfons Almirall i Sardà, cònjuge supervivent bínube, era reservista i, per tant, propietari actual dels béns reservables, encara que el seu dret de propietat sobre els béns esmentats no es pugui qualificar de definitiu. En conseqüència, aquests béns formaven part del seu patrimoni i responien de les obligacions contretes pel reservista, segons el principi de la responsabilitat patrimonial universal del deutor que estableix l'article 1.911 del Codi civil i per tant s'ha de considerar ajustat a dret l'embargament d'aquests béns per part de l'entitat contra la qual es recorre. </s></p>

</div3>

Cinquè. Cal considerar ara les vicissituds d'aquest embargament una vegada ocorreguda la mort del reservista l'any 1992. Com s'ha posat en relleu en el fonament de dret primer d'aquesta resolució, el reservista va atorgar testament el dia 6 de novembre de 1991 i la mateixa part que ara recorre admet de forma clara i precisa que en aquesta disposició testamentària el reservista va fer ús de la facultat de distribuir els béns reservables entre els reservataris, facultat que recolzava en l'article 270, apartat segon, de la Compilació, segons el qual "això no obstant, el cònjuge podrà distribuir per a després de la seva mort entre els reservataris els béns reservables". Interessa ara determinar les conseqüències d'aquesta distribució feta pel reservista en el seu testament de l'any 1991. En aquest punt no apareixen gaires dubtes, ja que de forma clara precisava l'article 270, apartat darrer, de la Compilació que exercida la facultat de distribució per part del reservista, a la mort d'aquest els béns reservables perden, per ministeri de la llei la condició de reservables. Per consegüent, des de la mort del senyor Alfons Almirall i Sardà el dia 2 de març de 1992 el seu dret de propietat, fins aleshores claudicant, sobre els béns objecte de la reserva, es va convertir en un dret de propietat definitiu sobre els béns esmentats, que també de forma definitiva responien del compliment de les obligacions a càrrec seu en base al principi de la responsabilitat patrimonial universal que estableix l'article 1.911 del Codi civil. D'aquestes consideracions es deriva que si els béns que ara reclama la part que recorre per la via d'una terceria de domini com a béns reservables en la demanda que va interposar el mes de març de l'any 1993, aquests béns van perdre la condició de reservables el dia 2 de març de 1992, data de la mort del reservista, no pot prosperar la demanda de terceria de domini, ja que l'expectativa jurídica que tenien els reservataris sobre aquests béns reservables, es va frustrar com a conseqüència d'haver exercit el reservista la facultat de distribució, que va determinar, en l'aspecte que ara interessa, que els béns perdessin, per ministeri de la llei, la condició de reservables.

Sisè. Al·lega també la part que recorre que en l'escriptura de manifestació i acceptació d'herència que es va atorgar el dia 16 de març de 1993 els senyors Froilà i Maria Almirall i Rovira manifesten que accepten l'herència de la seva mare senyora Maria Rovira i Roig i que s'adjudiquen els béns de la seva herència amb el caràcter de reservables i, sobre la base d'aquestes manifestacions, s'al·lega en el recurs de cassació que van adquirir aquests béns directament de la mare per raó de la reserva. D'acord amb les consideracions que s'han fet en el fonament de dret anterior, és clar que no es pot admetre aquest punt de vida. Si el fonament de la reserva binupcial és el d'evitar que com a conseqüència de les segones noces del consort supervivent els béns que aquest va adquirir del cònjuge premort tinguin el destí que de forma presumible voldria donar aquest, és a dir, que es transmetin als fills del primer matrimoni, és justificable la solució de l'apartat darrer de l'article 270 de la Compilació, ja que si el consort supervivent distribueix els béns reservables entre els reservataris, aquests béns tenen la destinació que de forma presumible els hi hauria atribuït el consort premort, ço que determini que la reserva no tingui raó de subsistir i segurament per aquest motiu l'apartat darrer de l'article 270 de la Compilació establia que la distribució feta pel reservista, determinava que els béns perdessin la condició de reservables, que s'integressin de forma definitiva en el patrimoni del reservista i que succeïssin en aquests béns els fills i descendents del primer matrimoni, però no com a reservataris, sinó com a hereus del reservista, ja que d'acord amb els precedents de l'article, concretament la llei *Feminae* que es troba en el Codi 5,9,3, la doctrina clàssica catalana entenia que la reserva binupcial imposa únicament al reservista una restricció a les facultats dispositives que limita l'àmbit personal dels destinataris possibles. D'aquestes consideracions es deriva que no es pot reconèixer eficàcia jurídica a la manifestació dels fills del primer matrimoni d'adjudicar-se els béns que procedeixen de l'herència materna amb el caràcter de béns reservables. No podien fer-ho abans de la mort del reservista, ja que fins a la mort d'aquest no es produeix la delació hereditària a favor seu en relació amb l'herència del cònjuge premort (article 269, apartat segon, de la Compilació) i sense delació prèvia no es pot acceptar ni repudiar l'herència (article 991 del Codi civil). Ni van tenir l'oportunitat de fer-ho després de la mort del reservista, ja que aquest va distribuir els béns entre els reservataris i aquest fet va determinar, segons l'apartat darrer de l'article 270 de la Compilació, que els béns reservables "serà estimat a tots els efectes legals que pertanyen a l'herència privativa del reservista"; és a dir, que si els fills del primer matrimoni accepten aquesta herència, ho fan *a tots els efectes legals* en qualitat d'hereus del consort supervivent. I, si ho fan amb aquest caràcter, és evident que no pot prosperar la terceria de domini que han interposat els fills del primer matrimoni, ja que els béns que inicialment eren reservables han de respondre del compliment de les obligacions que havia assumit el reservista per la seva condició de propietari dels béns esmentats. No desconeix aquest Tribunal que segons el dret actual (article 388 del Codi de successions) la distribució del béns reservables per part del reservista ja no produeix aquestes conseqüències, però com s'ha raonat en el fonament jurídic tercer, aquesta innovació legislativa no es pot aplicar a una reserva binupcial que va sorgir a la vida del dret l'any 1981, és a dir, molt abans de la vigència del Codi de successions.

Setè. Tots aquests raonaments porten a la desestimació del recurs de cassació, sense que sigui necessari examinar la problemàtica que es va suscitar en el litigi, que es centra en el punt que fa referència a la circumstància d'haver-se practicat l'embargament dels béns reservables amb anterioritat a la constatació en el Registre de la Propietat del caràcter de reservables dels béns embargats; ja que en qualsevol cas s'hauria de mantenir el criteri de refusar la demanda de terceria de domini que han interposat els fills del primer matrimoni.

Vuitè La desestimació total del recurs determina la pèrdua del dipòsit que en el seu moment es va constituir, segons estableix la proposició darrera de l'article 1.715 de la Llei d'enjudiciament civil. I que, d'acord amb el mateix precepte, s'han d'imposar les costes del recurs a la part que recorre.

<div3><p><s> Per tot el que s'ha exposat, en nom del Rei i per l'autoritat que ens ha conferit el poble espanyol</s></p></div3>
</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de cassació que ha interposat la procuradora dels tribunals senyora Maria Teresa Aznárez i Domingo, en nom i representació dels senyors Froilà i Maria Almirall i Rovira, contra la sentència que va dictar la Secció Catorze de l'Audiència Provincial de Barcelona el dia 22 de juliol de 1996; que confirmem en tots els seus punts, amb imposició de les costes a la part que ha interposat el recurs de cassació i a la pèrdua del dipòsit constituït.

S'ha de lliurar la certificació corresponent al president del tribunal esmentat i s'han de retornar les actuacions i el rotllo que van trametre. Publiqueu aquesta sentència tal com estableix la llei.

Aquesta és la nostra sentència, que pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Maria y Froilán Almirall Rovira / Caixa d'Estalvis del Penedès</head>

<head type=sub rend="bo">B) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">**Reserva binupcial: normativa aplicable y fundamento.- Posición jurídica de los reservatarios.- Tercería de dominio interpuesta por los reservatarios: improcedencia.- Distribución de los bienes reservables por el reservista: efectos.- Aceptación de la herencia: necesidad de una delación previa.- Recurso de casación: alcance del formalismo en el recurso.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, recurso de casación contra la sentencia que la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó en grado de apelación el 22 de julio de 1996, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio, seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès. El recurso lo interpuso Dª. María y D. Froilán Almirall Rovira, representados por la procuradora Dª. Mª. Teresa Aznárez Domingo, asistido por el letrado D. José Luís Yustas Mateo, siendo parte recurrida la Caixa d'Estalvis del Penedés, representada por el procurador D. Jordi Fontquerni Bas y defendida por el letrado D. Martí Soler Bordes, no habiendo comparecido la otra parte recurrida, herencia yacente de D. Alfons Almirall Sardá.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**HECHOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès tramitó el juicio de menor cuantía 108/93 promovido por la demanda de Dª. María y D. Froilán Almirall Rovira, en el que, expuestos los hechos y fundamentos jurídicos, pedía que se “dictara sentencia condenando a la parte demandada en el sentido de que se decretase la nulidad de los embargos trabados en la finca propiedad de la parte actora, decretada en los autos de juicio Ejecutivo 47/1995 de dicho Juzgado, instados por la entidad demandada y se suspendiera la subasta acordada en los mismos”. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Admitida a trámite la demanda, se emplazó a los demandados compareciendo la Caixa d'Estalvis del Penedès, que formuló excepción dilatoria de litispendencia, contestando la demanda con los fundamentos de hecho y jurídicos oportunos, y pidiendo finalmente: “que se dictara sentencia absolviéndola de la demanda con imposición de las costas a los actores”; sin haber comparecido la demandada herencia yacente de D. Alfons Almirall Sardá, a la que se declaró en rebeldía, teniendo por contestada la demanda y siguiendo los autos su curso, celebrando la comparecencia prevista en el artículo 691 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el resultado que se puede ver en autos, por recibido el pleito a prueba, llevando a cabo la propuesta que fue admitida. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Adjuntadas las pruebas practicadas y cumplidos los trámites legales previos, el Magistrado-Juez de 1ª Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès dictó sentencia el 5 de noviembre de 1994, con el fallo siguiente: “Que desestimando la demanda promovida por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Pallerola Font, en nombre y representación de D. Froilán Almirall Rovira y Dª. María Almirall Rovira, frente a Caixa d'Estalvis del Penedés y la Herencia Yacente de D. Alfonso Almirall Sardá, debo decretar y decreto el mantenimiento de los embargos en su día trabados en el Juicio Ejecutivo seguido en este Juzgado con el número 47/1985 sobre las fincas registrales números 733, 444, 781, 441, 445, 263 y 521 del Registro de la Propiedad de El Vendrell y 7.145, 7.146 y 609 del Registro de la Propiedad de esta villa; todo ello haciendo expresa condena en costas a la parte actora por imperativo legal”. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Contra la anterior sentencia los actores D. Froilán y Dª. María Almirall Rovira interpusieron recurso de apelación ante la Sección décimo cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 22 de julio de 1996 dictó sentencia, cuya parte dispositiva era: Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Froilán y Dª. María Almirall Rovira contra la Sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 1994, por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente”. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>La Procuradora Dª. Mª. Teresa Aznárez Domingo, causídica de D. Froilán y de Dª. María Almirall Rovira, formuló recurso de casación ante esta Sala contra la sentencia de apelación, basado en el motivo siguiente: “Primer y único motivo de casación. Por infracción de las normas del ordenamiento Jurídico y la jurisprudencia aplicable”.

Por resolución de 24 de marzo de 1997, la Sala decretó la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto señalando para celebrar la votación el 12 del corriente. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Lluís Puig i Ferriol. </s></p></div3>

</div2>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Las cuestiones que tienen que resolverse en el presente recurso de casación, tienen su origen en los hechos siguientes:

1.- D. Alfons Almirall Sardá y D^a. María Rovira Roig contrajeron matrimonio el 13 de septiembre de 1939 y tuvieron tres hijos, María, Froilán y Josep Almirall Rovira. D^a. María Rovira Roig otorgó testamento el 13 de agosto de 1958, en el que legaba a sus hijos lo que por legítima les correspondiera en la herencia materna e instituía heredero a su marido D. Alfons Almirall Sardá. La testadora murió el 5 de septiembre de 1978 y el 13 de febrero de 1979 D. Alfons Almirall Sardá, D. Josep y D^a. María Almirall Rovira otorgaron escritura de aceptación e inventario de la herencia de la expresada señora.

2.- El viudo D. Alfons Almirall Sardá contrajo segundas nupcias con D^a. Rosa Guillaumes i Palou el 7 de agosto de 1981.

3.- En 1985 la Caixa d'Estalvis del Penedès interpuso demanda de juicio ejecutivo contra D. Alfons Almirall Sardá, D. Josep Almirall Rovira y Cereales y Piensos, S.A., y como consecuencia de la misma fueron embargadas en el mismo 1985 unas fincas que el demandado, D. Alfons Almirall Sardá, había adquirido como heredero testamentario de su primera esposa, D^a. María Rovira Roig.

4.- El 6 de octubre de 1989 el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès dictó sentencia en el juicio incidental interpuesto por D^a. María Almirall Rovira contra su padre D. Alfons Almirall Sardá, condenando al demandado a otorgar escritura pública para la inscripción y anotación en el Registro de la Propiedad a favor de la actora y de su hermano D. Josep Almirall Rovira del carácter de reservables de las fincas que el demandado había adquirido como heredero de su primera esposa, según la relación de fincas que se encuentra en la escritura de inventario antes expresada de 13 de febrero de 1979.

5.- El 4 de noviembre de 1989 D. Froilán Almirall Rovira interpuso demanda de tercería de dominio contra la Caixa d'Estalvis del Penedès y contra su padre D. Alfons Almirall Sardá, pidiendo se dictase sentencia decretando la nulidad o, en su caso, la resolución de los embargos a favor de la Caixa d'Estalvis del Penedès, practicados sobre fincas procedentes de la herencia de D^a. María Rovira Roig, cuya propiedad correspondía al actor de la demanda de tercería de dominio. Esta demanda fue desestimada por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès el 9 de julio de 1991, confirmada posteriormente en grado de apelación por sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 20 de julio de 1993.

6.- D. Alfons Almirall Sardá otorgó testamento el 6 de noviembre de 1991, manifestando que no ordenaba ninguna disposición a favor de su hijo Josep porque ya había recibido bienes en vida en cantidad suficiente, ordenando unos prelegados a favor de sus hijos María y Froilán en pago de sus derechos de legítima paterna e instituía herederos a estos dos hijos por partes iguales. El testador murió el 2 de marzo de 1992.

7.- El 16 de marzo de 1993 D^a. María y D. Froilán Almirall Rovira otorgaron escritura pública de manifestación y aceptación de herencia, en la que los otorgantes aceptan la herencia materna y se adjudican los bienes reservables por mitades indivisas, de conformidad con la distribución de los bienes reservables que había hecho su padre en el testamento antes citado del año 1991.

8.- De acuerdo con estos antecedentes, D. Froilán y D^a. María Almirall Rovira interpusieron demanda de tercería de dominio contra la Caixa d'Estalvis del Penedès y contra la herencia yacente de D. Alfons Almirall Sardá, solicitando que en su momento se dictara sentencia declarando la nulidad o ineficacia de los embargos que practicó la entidad demandada sobre fincas procedentes de la herencia de D^a. María Rovira Roig. La Caixa d'Estalvis del Penedès alegó en su escrito de contestación a la demanda la excepción dilatoria de litispendencia y que la reserva binupcial sólo afecta a terceras personas desde su constancia en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès dictó sentencia el 5 de noviembre de 1994, desestimando la demanda de tercería de dominio. Esta resolución fue confirmada por sentencia que en grado de apelación dictó la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 22 de julio de 1996.

La parte actora ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Hay que reseñar, inicialmente, que la parte recurrente formula un motivo único de casación, sin citar en cuál de los apartados del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo fundamenta, aunque debemos entender que lo fundamenta en el apartado cuarto del precepto citado, ya que alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable. De todas formas la misma parte recurrente no ha tenido la precaución de señalar en el encabezamiento del motivo los preceptos del ordenamiento jurídico aplicables al caso ni tampoco la jurisprudencia aplicable ni en el encabezamiento ni en el desarrollo del motivo de casación.

En aplicación estricta del formalismo que preside el recurso de casación, estos defectos podrían estimarse suficientes para desestimar en el presente trámite procesal el recurso en base a lo dispuesto en los artículos 1.692, 1.707 y 1.710.1, 2^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello no obstante y para evitar un rigor formalista que tal vez se puede considerar excesivo, y en aplicación también del principio *pro actione* derivado del artículo 24 de la Constitución española, el Tribunal cree procedente examinar y resolver las cuestiones que plantea el expresado motivo del recurso, ya que no existe una imposibilidad de determinar su fundamentación ni la normativa aplicable a la cuestión de fondo. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Hay conformidad entre las partes litigantes, y también lo aceptan pacíficamente las sentencias recaídas en las instancias inferiores, que nos hallamos ante un supuesto de reserva binupcial, ya que D. Alfons Almirall Sardá, que había tenido descendencia de su primer matrimonio, contrajo segundas nupcias en el año 1981. Si tenemos en cuenta que la reserva se origina por las segundas nupcias del viudo o de la viuda, debe precisarse que esta reserva binupcial se rige por las normas vigentes en el derecho civil de Cataluña en el momento de originarse la reserva en el año 1981, que eran los artículos 269, 270 y 271 de la Compilación de derecho civil de Cataluña, en su redacción originaria, ya que según el apartado primero del artículo 269, los bienes que el viudo o la viuda hayan adquirido por cualquier título lucrativo de su consorte difunto, desde el momento de las segundas nupcias pasan por ministerio de la ley a tener el carácter de reservables a favor de los hijos o descendientes del primer matrimonio. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>El problema fundamental que plantea el recurso, se deriva del hecho, de que la reserva nació en 1981, que los bienes reservables fueron objeto de embargo por parte de la entidad recurrida en 1985 como consecuencia de demanda ejecutiva interpuesta contra el reservista y hasta el año 1989 no se hizo constar en el Registro de la Propiedad que los bienes embargados tenían el carácter de reservables a favor de la descendencia del primer matrimonio del reservista.

En este punto hay que recordar que se discute a nivel doctrinal la posición jurídica de los reservatarios antes de la muerte del reservista y, a los efectos que ahora y aquí interesan, es suficiente señalar que si nos atenemos a la disposición del artículo 269, apartado segundo, de la Compilación de derecho civil de Cataluña, en su redacción originaria, los bienes reservables o sus subrogados son deferidos a los reservatarios, hijos o descendientes del primer matrimonio, al morir el cónyuge bínubo y si en este momento se produce la delación a favor de los reservatarios, que les otorga la posibilidad inmediata de aceptar o repudiar el patrimonio o los bienes objeto de la reserva (según resulta del artículo 991 del Código civil, vigente entonces en el derecho sucesorio catalán, ello quiere decir también que antes de la muerte del reservista éste era propietario de los bienes reservables, aunque su derecho de propiedad no se pueda calificar de definitivo y, en consecuencia, en esta fase de la reserva anterior a la muerte del reservista, los reservatarios tienen sólo una expectativa jurídicamente protegida sobre los bienes objeto de la reserva, pero no tienen ningún derecho real actual sobre estos bienes, sino sólo la facultad de pedir las medidas precautorias establecidas en los artículos 977 y 978 del Código Civil y del artículo 184 de la Ley Hipotecaria, para evitar que el reservista pueda frustrar de modo arbitrario la expectativa de los reservatarios sobre los bienes reservables. Como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1935, el hecho de que unos bienes tengan el carácter de reservables, no implica que los reservatarios tengan un derecho actual puro y exclusivo sobre estos bienes, sino únicamente la circunstancial y condicionada constatación de que actualmente los bienes tienen la condición de reservables; o como precisa la sentencia posterior del mismo Tribunal de 17 de junio de 1967, en la fase de pendencia de la reserva los derechos de reservatarios se reducen a una expectativa jurídicamente protegida.

De todas estas consideraciones resulta que en 1985 D. Alfons Almirall i Sardá, cónyuge superviviente bínubo, era reservista y, por tanto, propietario actual de los bienes reservables, aunque su derecho de propietario sobre los bienes expresados no se pueda calificar de definitivo. En consecuencia, estos bienes formaban parte de su patrimonio y respondían de las obligaciones contraídas por el reservista, según el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor establecido en el artículo 1.911 del Código Civil y por tanto tiene que considerarse ajustado a derecho el embargo de estos bienes por parte de la entidad recurrida. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>Hay que considerar ahora las vicisitudes de este embargo una vez ocurrida la muerte del reservista en 1992. Como se ha puesto de relieve en el fundamento de derecho primero de esta resolución, el reservista otorgó testamento el 6 de noviembre de 1991 y la misma parte ahora recurrente admite de modo claro y preciso que en esta disposición testamentaria el reservista hizo uso de la facultad de distribuir los bienes reservables entre los reservatarios, facultad que se fundamentaba en el artículo 270, apartado segundo, de la Compilación, según el cual "ello no obstante, el cónyuge podrá distribuir para después de su muerte entre los reservatarios los bienes reservables". Interesa ahora determinar las consecuencias de esta distribución hecha por el reservista en su testamento del año 1991. En este punto no aparecen dudas, ya que de modo claro precisaba el artículo 270, apartado último, de la Compilación que ejercida la facultad de distribución por parte del reservista, a la muerte de éste los bienes reservables pierden, por ministerio de la ley la condición de reservables. Por consiguiente, desde la muerte de D. Alfons Almirall Sardá el 2 de marzo de 1992 su derecho de propiedad, hasta entonces claudicante, sobre los bienes objeto de la reserva, se convirtió en un derecho de propiedad definitivo sobre los bienes expresados, que también de modo definitivo respondían del cumplimiento de las obligaciones a su cargo en base al principio de la responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1.911 del Código Civil. De estas consideraciones se deriva que si los bienes que ahora reclama la parte recurrente por la vía de una tercería de dominio como bienes reservables en la demanda interpuesta en marzo de 1993, estos bienes perdieron la condición de reservables el 2 de marzo de 1992, fecha de la muerte del reservista, no puede prosperar la demanda de tercería de dominio ya que la expectativa jurídica que tenían los reservatarios sobre estos bienes reservables, se frustró como consecuencia de haber ejercitado el reservista la facultad de distribución, que determinó, en el aspecto que ahora interesa, que los bienes perdiesen, por ministerio de la ley, la condición de reservables. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>Alega también la recurrente que en la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada el 16 de marzo de 1993 D. Froilán y D^a. María Almirall Rovira manifiestan que aceptan la herencia de su madre D^a. María Rovira Roig y que se adjudican los bienes de su herencia con el carácter de reservables y, sobre la base de estas manifestaciones, se alega en el recurso de casación que adquirieron estos bienes directamente de la madre por razón de la reserva. De acuerdo con las consideraciones hechas en el fundamento de derecho anterior, está claro que no puede admitirse este punto de vista. Si el fundamento de la reserva binupcial es evitar que como consecuencia de las segundas nupcias del consorte superviviente los bienes que éste adquirió del cónyuge premuerto tengan el destino que presumiblemente quería éste darles, es decir, que se transmitan a los hijos del primer matrimonio, es correcta la solución del apartado último del artículo 270 de la Compilación, ya que si el consorte superviviente distribuye los bienes reservables entre los reservatarios, estos bienes tienen el destino que presumiblemente les habría atribuido el cónyuge premuerto, lo que determina que la reserva no tenga razón de subsistir y seguramente por este motivo el apartado último del artículo 270 de la Compilación establecía que la distribución hecha por el reservista, determinaba que los bienes perdiesen la condición de reservables, que se integrasen definitivamente en el patrimonio del reservista y que sucediesen en estos bienes los hijos y descendientes del primer matrimonio, pero no como reservatarios, sino como herederos del reservista, ya que de acuerdo con los precedentes del artículo, concretamente la ley *Feminae* que se halla en el Código 5.9.3, la doctrina clásica catalana entendía que la reserva binupcial impone únicamente al reservista una restricción en las facultades dispositivas que limita el ámbito personal de los posibles destinatarios.

De estas consideraciones se deriva que no puede reconocerse eficacia jurídica a la manifestación de los hijos del primer matrimonio de adjudicarse los bienes que procedan de la herencia materna con el carácter de bienes reservables. No podían hacerlo antes de la muerte del reservista, ya que hasta la muerte de éste no se produce la delación hereditaria a su favor en relación con la herencia del cónyuge premuerto (artículo 269, apartado segundo, de la Compilación) y sin delación previa no se puede aceptar ni repudiar la herencia (artículo 991 del Código Civil). Ni tuvieron la oportunidad de hacerlo después de la muerte del reservista, ya que éste distribuyó los bienes entre los reservatarios y este hecho determinó, según el apartado último del artículo 270 de la Compilación, que los bienes reservables "será estimado a todos los efectos legales que pertenecen a la herencia privativa del reservista"; es decir, que si los hijos del primer matrimonio aceptan esta herencia, lo hacen *a todos los efectos legales* en calidad de herederos del consorte superviviente. Y, si lo hacen con este carácter, es evidente que no puede prosperar la tercería de dominio interpuesta por los hijos del primer matrimonio, ya que los bienes que inicialmente eran reservables tienen que responder del cumplimiento de las obligaciones que había asumido el reservista por su condición de propietario de los expresados bienes. No desconoce este Tribunal que según el derecho actual (artículo 388 del Código de sucesiones) la distribución de los bienes reservables por parte del reservista ya no produce estas consecuencias, pero como se ha razonado en el fundamento jurídico tercero, esta innovación legislativa no puede aplicarse a una reserva binupcial que surgió a la vida del derecho en 1981, es decir, mucho antes de la vigencia del Código de sucesiones. </s></p></div3>

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** - </hi>Todos estos razonamientos llevan a la desestimación del recurso de casación, sin que sea necesario examinar la problemática suscitada en el litigio, que se centra en el punto referido a la circunstancia de haberse practicado el embargo de los bienes reservables con anterioridad a la constatación en el Registro de la Propiedad del carácter de reservables de los bienes embargables; ya que en cualquier caso tendría que mantenerse el criterio de rechazar la demanda de tercería de dominio interpuesta por los hijos del primer matrimonio. </s></p></div3>

<div3 n=8>

<p><s><hi rend="bo">**Octavo.** - </hi>La desestimación total del recurso determina la pérdida del depósito constituido en su momento, según establece la proposición última del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y de acuerdo con el mismo precepto, tienen que imponerse las costas del recurso a la parte recurrente. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución</s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLO**</head>

Que tenemos que desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a. Teresa Aznárez Domingo, en nombre y representación de D. Froilán y D^a. María Almirall Rovira, contra la sentencia dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 22 de julio de 1996; que confirmamos en todos sus extremos, con imposición de las costas a la parte que ha interpuesto el recurso de casación y a la pérdida del depósito constituido.

Expídase el certificado correspondiente al Presidente del expresado Tribunal y devuélvanse los autos y el rollo enviados. Publíquese esta sentencia como establece la Ley.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">SENTÈNCIA DE 2 DE JUNY DE 1997</head>
 <head type=sub rend="bo">Lluïsa, Carme, Roser i Amàlia Ferrer Benítez / Francesc Ferrer i Benítez i altres</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Text original</head>

<head type=sub rend="bo">Rescissió per lesió: no s'escau si ha existit ànim de liberalitat en l'alienant.- Rescissió per lesió en els contractes aleatoris.- Renúncia a l'acció de rescissió per lesió.- Testament: eficàcia *post mortem* de les seves disposicions.- Revocació del testament: requisits.- Contractes: anul·labilitat per dol i per intimidació i prova de l'existència d'aquests vicis del consentiment contractual.- Autonomia de la voluntat.- Recurs de cassació: no s'escau en relació amb els *obiter dicta* de la sentència contra la qual es recorre.- Congruència.- Prova de confessió en judici.- Prova de presumpcions.</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels Magistrats que al marge s'esmenten, ha vist els presents recursos extraordinaris de cassació, interposats, l'un, per les germanes Sres. M^a Lluïsa, Amàlia, Carmen i Rosario Ferrer Benítez, representades pel Procurador Sr. Angel Quemada Ruiz i dirigides per l'advocat Sr. Lluís Muñoz Sabaté; l'altre van interposar-lo el Sr. Francisco Ferrer Benítez i la Sra. Amàlia Benítez Moreno juntament amb les entitats mercantils ESCRITUR, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., UPTOWN, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A. i INMO PORSI, S.A." representats tots pel Procurador Sr. Antonio M^a. de Anzizu i Furest i dirigits per l'advocat Sr. Josep Joan Pintó Ruiz; i l'últim va ésser interposat pel Sr. Joan Ferrer Benítez representat pel Procurador Sr. Fco. Javier Manjarín Albert i dirigit pel lletrat J. Berenguer Casal. Tots aquests recursos van dirigits contra la Sentència de la Secció 11a. de l'Audiència Provincial de Barcelona de 14 de novembre passat dimanant dels tres judicis ordinaris acumulats, núm. 1376/90, 354/92 i 594/92 del Jutjat de 1a Instància núm. 34 d'aquesta ciutat, els dos primers de major quantia, i de menor quantia l'últim, formulats tots per les 4 esmentades germanes contra "CALIBAN, S.A." i la Sra. Amàlia Benítez Mariano el primer; el segon contra els Srs. Francisco, Juan Gregorio i Ma. Teresa Ferrer Benítez; i el tercer, contra els Srs. Francisco, Juan, Gregorio i Ma. Teresa Ferrer Benítez i contra les Societats UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMO PORSI, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A., ESCRITUR, S.A. i la Sra. Amàlia Benítez Mariano; versant aitals procediments sobre la nul·litat d'una escriptura de renda vitalícia, sobre rescissió per lesió de la mateixa i sobre nul·litat de diversos documents públics i privats d'aportacions immobiliàries a Societats.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">ANTECEDENTS DE FET</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">Primer. </hi> El 15 de novembre de 1994, el Magistrat-Jutge del Jutjat de 1a Instància núm. 34 de Barcelona va dictar Sentència en els tres expressats plets acumulats, amb la següent part dispositiva: "FALLO: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. ANGEL QUEMADA RUIZ, en nombre y representación de las hermanas DÑA. MARIA LUISA, DÑA. CARMEN, DÑA ROSARIO Y DÑA. MARIA AMALIA FERRER BENITEZ, procede declarar la nulidad de la escritura de renta vitalicia de 29 de mayo de 1987 y su respectivo asiento registral; condenar a la demandada CALIBAN, S.A. a integrar la propiedad y posesión de la finca de autos a la herencia del difunto D. Francisco Ferrer Aymar, haciendo entrega de la misma a sus herederos sin perjuicio de los derechos usufructuarios del cónyuge viudo; declarar que la referida finca local sita en la calle Pau Claris n° 77 bajos de Barcelona, pertenece al caudal relicto de D. Francisco Ferrer Aymar, condenando a los demandados, D. Gregorio, D. Juan, D. Francisco y Dña. María Teresa Ferrer Benítez a estar y pasar por esta declaración y todas sus consecuencias; declarar la nulidad de las respectivas aportaciones a las sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMOPORSI, S.A. de las fincas reseñadas en el fundamento jurídico primero, de manera que tales fincas queden afectas y vuelvan a formar parte del patrimonio o caudal relicto del difunto D. Francisco Ferrer Aymar, decretando asimismo la nulidad de los respectivos asientos registrales que resulten contradictorios con la anterior declaración; condenar a los demandados, las sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMOPORSI, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A. y ESCRITUR, S.A., D. Gregorio, D. Juan, D. Francisco y Dña. María Teresa Ferrer Benítez, a la devolución de los frutos y rentas producidos y a otorgar cuantos documentos públicos y privados fuesen menester para completar los efectos de los anteriores pronunciamientos. Y desestimando la reconvencción interpuesta por el Procurador D. Federico Barba Sopena, en representación de D. Francisco Ferrer Benítez y Dña Amàlia Benítez Mariano, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a las actoras principales reconvenidas de las pretensiones contra ellas ejercitadas en la reconvencción. Todo ello imponiendo a los demandados CALIBAN, S.A., Dña Amàlia Benítez Mariano, D. Francisco Ferrer Benítez y D. Juan Ferrer Benítez y las sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMOPORSI, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A., y ESCRITUR, S.A., al pago de las costas ocasionadas a las actoras; y sin hacer expresa condena en costas respecto a los demandados Dña. María Teresa Ferrer Benítez y D. Gregorio Ferrer Benítez." </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Interposat recurs d'apel·lació contra l'anterior Sentència, el 14 de novembre del proppassat any 1996, la Secció 11a. de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar la seva amb la següent part dispositiva: "FALLAMOS: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Juan, D. Francisco Ferrer Benítez, Dª. Amalia Benítez Mariano, y las sociedades UPTOWN S.A., Comercial Enero, S.A., INMO PORSI S.A., Comercial TROTOS S.A., ESCRITUR S.A. contra la Sentencia dictada el día 15 de noviembre de 1994 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 34 de Barcelona y con revocación parcial de la misma debemos desestimar las demandas acumuladas de juicio de mayor cuantía interpuestas por Dª Luisa, Dª Carmen, Dª. Rosario y Dª. Amalia Ferrer Benítez contra Caliban S.A., Dª. Amalia Benítez Mariano y contra D. Juan, D. Francisco, D. Gregorio y Dª Teresa Ferrer Benítez, absolviendo a los demandados citados de las pretensiones contenidas en las mismas, y debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada en lo que se refiere a los pronunciamientos correspondientes a la demanda de juicio de menor cuantía nº 594/1992 acumulada a las anteriores, salvo en el particular relativo a las costas procesales que no se imponen en ninguna de las dos instancias."

</s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Contra l'anterior resolució han estat interposats els tres recursos de cassació que hem dit a l'encapçalament, que s'han tramitat en aquesta Sala seguint les prescripcions de la Llei; es va assenyalar la vista pública pel dia 29 de maig passat, data en la qual va tenir lloc, i en ella varen informar els lletrats de les respectives parts en defensa cadascun de sengles posicions. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha estat Ponent d'aquestes actuacions el Magistat de la Sala II-Im. Sr. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ.
</s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>
<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">GENERAL ALS TRES RECURSOS</hi></s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Únic.** </hi> Les quatre germanes Ma. Lluïsa, Amalia, Carmen i Rosario Ferrer Benítez impugnen aquí la sentència de la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona de 14 de novembre de 1996 que tot revocant parcialment la que havia dictat el Magistat de Primera Instància núm. 34 d'aquesta Ciutat el 15 de novembre de 1994, estima en part el recurs d'apel·lació del germà d'aquelles Sr. Francesc Ferrer Benítez i de la seva mare la Sra. Amalia Benítez Mariano, i dóna validesa al contracte de renda vitalícia atorgat en escriptura pública el 29 de maig de 1987 pel causant Sr. Francesc Ferrer Amar a favor de la Societat CALIBAN, S. A., desestimant les demandes de major quantia que aquelles 4 germanes havien interposat quan demanaven la nul·litat d'aquella escriptura pública i eventualment la seva rescissió per causa de lesió ultradimidium o engany a mitges.

Per la seva banda, el Sr. Francesc Ferrer Benítez i la seva expressada mare, juntament amb les Societats ESCRITUR, S. A., COMERCIAL ENERO, S. A. UPTOWS, S. A., COMERCIAL TROTOS, S. A., i INMO PORSI, S. A., interposen també recurs de cassació contra aquella sentència en quan va confirmar la que havia dictat l'indicat Magistat de Primera Instància declarant la nul·litat de les respectives aportacions immobiliàries fetes pel causant Sr. Francesc Ferrer Aymar a favor de les Societats UPTOWS, S. A., COMERCIAL ENERO, S. A., i INMO PORSI, S. A. a les quals va condemnar (com també a COMERCIAL TROTOS, S. A., a ESCRITUR, S. A., i a Gregorio, Joan, Francesc i Ma. Teresa Ferrer Benítez) a retornar les expressades aportacions immobiliàries al patrimoni del causant junt amb els fruits i rendes que haguessin produït.

I, per últim, el Sr. Joan Ferrer Benítez interposa recurs de cassació independent, però amb la mateixa pretensió que l'anterior (que donem validesa a les indicades aportacions immobiliàries)

Així, doncs, essent 3 els recursos de cassació interposats, caldrà estudiar-los per separat, però com pas previ és convenient explicar per una millor comprensió, que l'any 1938 el Sr. Francisco Ferrer Aymar havia creat la societat CALIBAN, S. A. dedicada a la venda de màquines d'oficina domiciliada al c/. Pau Claris, núm. 77 de Barcelona en local de la seva propietat. L'esmentat Sr. Ferrer estava casat amb la Sra. Amalia Benítez Mariano i aquest matrimoni tenia 8 fills (Francisco, Joan, Ma. Lluïsa, Amalia, Carmen, Rosario, Gregorio i Teresa). El negoci de venda de màquines d'oficina el portava el pare amb la col·laboració del fill gran Francisco i també del fill Joan. El 4 d'agost de 1982 el pare va cedir el 65% de les accions de CALIBAN, S. A. al fill Francisco i l'altre 35% a Joan a canvi d'una pensió o renda vitalícia a favor del cedent i de la seva dona, de 260.000 pessetes mensuals, actualitzades anualment. El 29 de maig de 1987, el mateix Sr. Ferrer Aymar, en escriptura pública, va cedir a CALIBAN, S. A. la propietat del local base del negoci a canvi d'una renda vitalícia de 100.000 ptes. al mes a favor seu i de la seva dona, valorant-se el local en 10.000.000 de ptes.

L'11 de febrer de 1988 el causant va atorgar l'últim testament en el que va instituir hereus els seus 8 fills per parts iguals amb l'usdefruit vitalici universal a favor de la seva muller. I el 12 de maig de 1988 el causant (que va morir de càncer el 23 de juny del mateix any, o sigui, pràcticament un mes després) va aportar totes les finques de la seva propietat a les Societats UPTOWN, S. A., COMERCIAL ENERO, S. A. i INMO PORSI, S. A., de manera que a la seva mort (el 23 de juny de 1988) ja no hi quedava res a l'herència i el testament esdevenia en la pràctica inoperant.

Les 4 esmentades germanes, en els dos plets de major quantia acumulats (núm. 1376/90 i 354/92), demanen la nul·litat de l'escriptura pública de renda vitalícia de 29 de maig de 1987 amb la qual el causant va trametre a CALIBAN, S. A. la propietat del local del negoci i, eventualment i subsidiària, de no aconseguir-ne la nul·litat, en demanen la seva rescissió per causa de lesió ultra-dimidium o engany a mitges; i en la demanda posterior de menor quantia núm. 594/92, també acumulada a les anteriors, les pròpies germanes demanen la nul·litat de les aportacions immobiliàries fetes pel causant el 12 de maig de 1988 a les Societats UPTOWN, S. A., COMERCIAL ENERO, S. A. i INMO PORSI, S. A.

La Sentència de l'Audiència impugnada, desestima les pretensions de nul·litat i subsidiària de rescissió de l'escriptura de renda vitalícia; i, pel contrari, declara la nul·litat de les aportacions immobiliàries fetes pel causant a favor d'aquelles tres Societats.

Aquestes 4 germanes interposen la cassació contra la Sentència de l'Audiència en quan els hi ha denegat la nul·litat de l'escriptura de renda vitalícia; i les altres parts interposen els seus recursos de cassació en protesta perquè l'Audiència ha anul·lat les aportacions dels immobles a les indicades Societats.

Cal considerar ara ja, doncs, els motius de sengles recursos, començant pel de les 4 germanes. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">RECURS DE CASSACIÓ DE LES GERMANES Ma. LLUISA, CARMEN, ROSARIO I AMALIA FERRER BENITEZ. </hi></s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Primer.** - </hi> En el 1r motiu, que formulen per la via del núm. 4rt de l'art. 1692 de la LEC., denuncien la infracció dels arts. 1265. 1267, 2º i 1269 del Codi civil. Del primer en quan disposa que serà nul el consentiment prestat per error, violència, intimidació o dol; del segon que diu quan hom ha d'entendre que hi ha intimidació per a qualificar la qual cal tenir en compte l'edat, el sexe i la condició de la persona; i de l'últim que senyala quan hi ha dol.

El motiu tracta de demostrar que el Tribunal de cassació pot entrar a valorar l'existència del dol en el seu aspecte intern i també els fets que integren la intimidació, senyalant que l'Audiència no ha valorat degudament que el causant tenia 82 anys quan va atorgar el contracte de renda vitalícia el mes de maig de 1987, que havia estat internant a l'agost del 1981 i a l'agost de 1984 a la Clínica Quirón; que els seus dos fills Francisco i Joan eren des de 1982 els propietaris de l'únic negoci familiar (CALIBAN, S.A.), i ells li pagaven la renda vitalícia acordada, i que la Sentència que es recorre no ha considerat l'edat ni la condició de dependència econòmica del Sr. Ferrer Aymar respecte aquests dos fills seus. A tot això hem de contestar que independent que l'apreciació de si hi va haver o no consentiment, dol o intimidació en el contracte, són qüestions de fet de la sobirana apreciació del Tribunal d'instància que no és impugnable a la cassació per la via del núm. 4rt de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, el cert aquí és, a més, que ni l'edat del causant, ni la seva al·legada dependència econòmica respecte als seus dos fills esmentats, serien suficients (per moltes consideracions jurídiques que féssim) per a desvirtuar el que ens diu la Sentència de l'Audiència quan en el fonament jurídic SETÈ expressa que: "... ni por vía directa ni por la indiciaria puede estimarse probado en estos autos que el Sr. Ferrer Aymar hubiese otorgado la escritura pública de 29-5-1987 o prestado su consentimiento interviniendo dolo o intimidación por parte de su hijo Francisco, legal representante de Caliban SA. Todos los hijos del Sr. Ferrer admiten al absolver posiciones que aunque la salud física del Sr. Ferrer fue progresivamente menguando hasta su muerte, siempre conservó íntegras sus facultades mentales y así lo atestigua también su médico de cabecera (f. 740 y 870) y el Notario que autorizó la escritura de renta vitalicia impugnada (f. 741). También admiten que el Sr. Ferrer siempre distinguió entre el negocio familiar, la empresa Caliban S.A., y el resto de su patrimonio, y que su voluntad era que la primera quedase para los hijos que trabajaban en ella (vid. pos 11 f. 723 pos. 23 f. 2298 y pos 1ª f. 2316). Es asimismo un hecho incontrovertido que ya en vida, en el año 1982 en perfecto estado de salud (pos. 25 f. 2298) el Sr. Ferrer donó a sus hijos Francisco y Juan, en proporciones distintas, la acciones de la sociedad Caliban a cambio de obtener de ellos una renta vitalicia que lejos de ajustarse a lo estrictamente pactado aquéllos abonaron a través de Caliban manteniendo a sus padres en el mismo nivel de vida que venían disfrutando (pos. 18 f. 723, pos 2ª f. 724, pos 4 f. 914 y f. 1377 y ss. y f. 1871). Tampoco puede afirmarse que el Sr. Ferrer no había mudado su voluntad respecto a la propiedad del local donde se encontraba ubicado el que había sido su negocio, pues aun cuando en los testamentos de los años 1974 y 1983 se prelegaba dicho local a alguno de sus hijos, es lo cierto que en el otorgado en el año 1972 el local se legaba a su hijo Francisco y que en el documento privado de Agosto de 1982, de donación onerosa de las acciones de Caliban S. A. a los hijos que llevaban el negocio, ya se contemplaba la eventualidad de que la finca perteneciera en un futuro en su integridad a sus hijos Francisco y Juan. No resulta extraño, pues, que el causante viendo próxima su muerte -en el año 1987 ya se le había diagnosticado la enfermedad que acabaría con su vida un año más tarde- deseara vincular definitivamente el local donde se asentaba el negocio, a éste y no someterlo a los avatares de una partición hereditaria, al tiempo que se aseguraba que la empresa siguiera satisfaciendo la pensión vitalicia que venía percibiendo anteriormente incrementada con 100.000 pts. mensuales. Hay que inscribir los negocios concertados, como indicó la defensa de los demandados, en el ámbito de las relaciones familiares y de confianza que existía entre padres e hijos (vid. posiciones f.914); por igual razón no resulta ilógico que no se exigieran garantías hipotecarias para asegurar el futuro pago de las pensiones y que tampoco el pago de éstas se realizara en la forma estrictamente pactada, pues lo que se desprende de la valoración conjunta de las pruebas practicadas es que Caliban S.A.; mantenía a los Sres. Ferrer-Benitez y abonaba directamente también parte de sus gastos (pos. f. 1377 a 1474, f. 871 y f.438). Prueba que el otorgamiento de la escritura de 29-5-87 y la cesión del local a Caliban SA, era fruto de su voluntad es el posterior redactado del testamento de 11 de febrero de 1988 -este sí plenamente válido a criterio de la parte actora-, donde se omitió toda referencia al local ya cedido, de la calle Pau Claris nº 77 de Barcelona. No consta en forma alguna en los autos, que se empleasen maquinaciones insidiosas para la transmisión del local, ni que se influyese o intimidase torticeramente la voluntad del difunto Sr. Ferrer. La dependencia económica a que se alude para fundar el vicio del consentimiento, ya existía en cuanto a los hijos Francisco y Juan desde que les donó las acciones de Caliban S.A. en el año 1982, y en cualquier caso manteniendo en su patrimonio sus otros bienes inmuebles, tal dependencia era más que relativa o lo que es igual no podía existir un temor racional y fundado a unas hipotéticas y no probadas amenazas de perder la pensión alimenticia cuando el Sr. Ferrer contaba cuanto menos con una finca de 100 hectáreas en Cunit, y otra de 10 Ha. en Cubelles. No se daba tampoco ninguna situación de aislamiento del Sr. Ferrer con respecto a su familia pues todos los hijos trataron, vieron y acompañaron a su padre hasta su muerte (vid al efecto pos. 14 y 15 f. 2207, 2217, 2510 y 1314v)."

Totes aquestes consideracions de la Sentència de l'Audiència, fan clarament rebutjable el 1r motiu de la present cassació, amb el qual les recurrents volen combatre aquelles consideracions objectives de la Sala d'Instància, substituint-les per les seves interessades que no desvirtuen les anteriors.

És per tant desestimable el 1r motiu de la present cassació. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">Segon. </hi> En el motiu 2n, per la mateixa via processal que l'anterior, les actores addueixen la infracció de l'art. 1253 del Codi civil en al·legar que la Sentència d'instància ha resolt de manera totalment incoherent, contradictòria i falta de lògica el que es desprèn de les declaracions dels codemandats Mª Teresa i Gregori Ferrer Benítez.

Al marge que no és veritat que la sentència d'instància incorri en incoherències o contradiccions rellevants derivades de les confessions dels indicats codemandats, el que respecte d'aquest motiu de cassació esdevé determinant és que les confessions d'aquests codemandats no han constituït cap pilar que hagi fonamentat la decisió de la sentència ni cap argument essencial de la mateixa, sinó un mer "obiter" d'ella ("a lo anterior no obstan ni las declaraciones de los Sres. Gregorio i Teresa Ferrer... ni..." -foli 203-).

En no haver estat, per tant, l'apreciació de tals confessions cap base determinant de la sentència ni fonament essencial d'ella, no té objecte la impugnació d'aquella apreciació perquè no pot fer canviar el signe de la Sentència. Decau, per tant, també el segon motiu de cassació. </s></p>

</div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El motiu 3r denuncia infracció de l'art. 321 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya en al·legar que la Sentència objecte del recurs, en el seu fonament jurídic vuitè, es limita a reproduir el segon paràgraf de l'art. 321 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya; i les recurrents, diuen que el següent fonament jurídic 9è conclou, sense aditaments ni matisos, que el contracte de renda vitalícia d'actes és *aleatori* i que per tant *no pot ésser objecte de rescissió* per causa de lesió.

Examinant el fonament jurídic 9è de la sentència de l'Audiència veiem que no és veritat que digui sense més aditaments ni matisos, "que el contracte d'actes és aleatori i que per tant, no pot ésser objecte de rescissió". El que diu l'Audiència és que: "También hay que admitir que los pensionistas eran personas de avanzada edad y que el padre se hallaba aquejado de una enfermedad incurable, pero aún así se trata de un contrato aleatorio -la madre sigue viviendo 9 años después- y en lo que se entendiera como no estrictamente equitativo en cuanto a la onerosidad de las prestaciones, debe reputarse al ánimo de liberalidad del padre en favor de los hijos encargados del negocio familiar, siendo así que por el contrario no se verían favorecidos con el prelegado de otra finca de su propiedad de elevado valor".

No és cert, per tant, que l'Audiència es basi exclusivament en el caràcter aleatori del contracte de renda vitalícia per negar la seva rescissió per causa de lesió. El que diu és que el contracte d'actes és certament aleatori, i en el que no s'entengué com estrictament equitatiu en quan a l'onerositat de les prestacions "s'ha de reputar l'ànim de liberalitat del pare a favor dels fills encarregats del negoci familiar, éssent així que, pel contrari, no es veurien afavorits pel prelegat d'un altre finca de la seva propietat d'elevat valor".

No basant-se doncs únicament l'Audiència en el caràcter aleatori del contracte, sinó també en l'ànim de liberalitat del cedent a favor dels fills encarregats del negoci familiar, queda sense suport el 3er motiu d'aquesta cassació. </s></p>

</div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> En el motiu 5è (que estudiem abans que el 4rt per raons de sistemàtica), pel camí processal del núm. 3 de l'art. 1692 de la LEC., es denuncia la infracció de l'art. 359 de la pròpia Llei processal. S'addueix que la Sentència de l'Audiència incorre en vici d'incongruència en haver-se fonamentat en l'ànim de liberalitat del pare cedent quan -es diu- això no havia estat mai al·legat en el plet i per tant, -es conclou-, l'Audiència, en apreciar en el contracte de renda vitalícia d'actes un negoci "mixtum cum donationem", deixa de fallar "secundum allegata et probata" i incideix en vici d'incongruència.

Però examinant les actuacions constatem que els folis 153 al 158 hi ha la contestació a la demanda de la cessionària CALIBAN, S.A.. En el foli 161 es comença a parlar de la rescissió per lesió. Al foli 162, en invocar-se jurisprudència es fa expressa i destacada referència al "*deseo de liberalidad del enajenante*"; la qual cosa es reitera al foli 162 en el que torna a subratllar-se el "*deseo de liberalidad*".

En haver-se adduït o al·legat això en contestar la demanda, la sentència no és incongruent en acollir-ho, i cau per tant per la seva base aquest 5è motiu. </s></p>

</div3>

<div3 n=8><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> El motiu 4rt diu que la Sentència infringeix l'art. 1218, 2n del codi civil. Assegura que la Sentència expressa "que la quantia de la pensió que CALIBAN S.A. se comprometió a satisfer a los Sres. Ferrer-Benítez, superaba las 500.000 pesetas mensuales" éssent així que -afegeix el recurs- segons l'escriptura (foli 507 volt), la pensió era de 100.000 ptes. mensuals.

En argumentar d'aquesta manera el recurs obvia el correcte sentit de la Sentència, la qual en cap moment descobreix que la pensió establerta en l'escriptura era de 100.000 ptes. al mes, tal com ho explica amb gran precisió el punt 9è del seu fonament de dret PRIMER (foli 187); essent també veritat el que diu la Sentència que "la quantia de la pensió que CALIBAN S.A. se comprometió a satisfer a los Sres. Ferrer-Benítez superaba las 500.000 ptas. mensuales", doncs així ho confirma el document privat de 29 de maig de 1987 (foli 213), tot i que 492.322 ptes, dimanaven del de 4 d'agost de 1982 (foli 183), deixat sense efecte pel de 29 de maig de 1987(indicat foli 213).

I per altra part resultaria indiferent que fossin 100.000 ó més de 500.000 ptes. la pensió, perquè "l'animus donandi" al·legat per CALIBAN, S.A. a la contestació (folis 161 i 162), i reconegut (com ja hem vist) a la Sentència, fa en tot cas innecessària l'equivalència o correlació de prestacions; per tot el que decau també el 4rt motiu de cassació. </s></p>

</div3>

<div3 n=9><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> El motiu 6è insisteix novament en la infracció de l'art. 359 de la LEC al·legant ara aquí que la Sentència és incongruent perquè diu que reconeix eficàcia al document de renúncia a l'acció de rescissió de 27 de maig de 1988 (27 dies abans de morir) i que, pel contrari, nega eficàcia als documents 15 dies anteriors "por la ya muy deficiente salud física del Sr. Ferrer" que "en aquella época tenía ausencias". Els recurrents diuen no comprendre que s'anul·lin els documents fets el 12 de maig de 1988 per el deficient estat de salut i les absències dels Sr. Ferrer Aymar, i que en canvi es doni per vàlid el document que va fer 15 dies després, el 27 de maig de 1988.

Tampoc és acceptable aquesta denúncia. Per un doble motiu: Primer, perquè el que resa la sentència sobre el document de renúncia a la rescissió és també un mer “òbiter” intranscendent per la decisió (“todo ello -diu la sentència- aún sin considerar que el causante poco antes de su muerte renunció al ejercicio de la acción de rescisión en documento obrante al folio 182”). De manera que la Sentència ni tan sols considera aquest document. I encara que l’hagués considerat -i no va fer-ho-, no seria tampoc veritable la incongruència de la sentència perquè ella va considerar invàlids els documents del 12 de maig de 1988 no només “por la ya muy deficiente salud física del Sr. Ferrer que en aquella época tenía ausencias”, sinó que els va anul·lar entre altres motius (que haurem de veure en examinar els altres recursos de cassació), per la deficient salut del Sr. Ferrer Aymar, per la complexitat de les operacions realitzades, per la inexistència de fedatari públic, per la presència només dels advocats de CALIBAN i del Sr. Joan Ferrer, per les absències del Sr. Ferrer Aymar, i pel seu mareig al moment de la lectura dels documents.

No essent doncs certa la contradicció interna de la sentència, no hi ha en ella la incongruència que denuncia el 6è motiu.

Setè. I les mateixes raons que acabem d’adduir per desestimar el motiu 6è són aplicables per rebutjar el 7è (últim d’aquest recurs) en el que és torna a parlar del document de renúncia de l’acció de rescissió que, com ja hem vist, va ésser del tot irrellevant per la decisió de la sentència. A part que aquesta no es fonamenta en la prova de presumpcions quan parla d’aquell intranscendent document, i per tant no pot haver-se infringit l’art. 1253 del Codi civil.

Per tot el que resta exposat, haurem de desestimar el recurs de cassació de les germanes Ma. Lluïsa, Amàlia, Carmen i Rosario Ferrer Benítez, decretar la pèrdua del dipòsit que varen constituir, i condemnar-les al pagament de les costes del seu recurs.

RECURS DEL SR. FRANCISCO FERRER BENITEZ, DE LA SRA. AMALIA BENITEZ MORENO I DE LES ENTITATS MERCANTILS ESCRITUR, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., UPTOWN, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A. E INMO PORSI, S. L.

Com hem dit en el fonament de dret general únic de la present resolució, els Srs. esmentats i les entitats indicades, impugnen també aquí la Sentència de l’Audiència en la part que va confirmar la del Magistral de la Instància que havia declarat nul·les les aportacions d’immobles fetes per el causant a favor de les societats UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A. i INMO PORSI, S.A.; i la impugnació la concreten en els 7 motius que analitzem a continuació.

En el 1r, per la via del núm. 3r de l’art. 1692 de la L.E.C., denuncien infracció de l’art. 359 de la Lec. en relació amb l’11,3 de la Llei Orgànica del Poder Judicial. Expliquen que la Sentència impugnada no resol la reconvençió articulada pels recurrents Sr. Ferrer Benítez i Amalia Benítez en el plet de menor quantia acumulat núm. 594/92 per la qual cosa diuen que la Sentència és incongruent i que vulnera els preceptes al·ludits.

El motiu és clarament desestimable. La Sentència de 1a Instància va resoldre *expressament* la reconvençió declarant en la seva part dispositiva textualment: “Y desestimando la reconvençió interpuesta por el Procurador D. Federico Barba Sopena, en representaci3n de Don Francisco Ferrer Benítez y doña Amañia Benítez Mariano, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO las actoras principales reconvenidas de las pretensiones contra ellas ejercitadas en la reconvençió.”

L’anterior pronunciament de la 1a Instància va ésser *plenament confirmat* per l’Audiència en dir (també textualment):... “y debemos confirmar y confirmamos la Sentencia apelada en lo que se refiere a los pronunciamientos correspondientes a la demanda de juicio de menor cuantía núm. 594/1992 acumulada a las anteriores...”.

No pot pas dir-se, doncs, que l’Audiència no va resoldre les pretensions de la reconvençió del plet de menor quantia 594/1992 si, com veiem, va confirmar expressament el seu rebuig, ja formulat a la 1a Instància, perquè la confirmació dels pronunciaments respecte la demanda de menor quantia implicava com conseqüència inexorable aquell rebuig. Aquest 1r motiu és per tant notòriament desestimable.

El 2n és formulat per la via de l’apartat 4rt de l’art. 1692 de la Llei de procediment i adueix la infracció de l’art. 667 del Codi civil i de les sentències que invoca. Al·lega que el testament solament pot tenir eficàcia després de la mort del seu autor, i que la voluntat que l’Audiència havia de tenir en compte no era la del testament, sinó la dels actes de disposici3n “inter vivos” que el causant va atorgar després del testament, el 12 de maig de 1988, un mes abans de morir.

Però -diem ara nosaltres- com que l'Audiència declara que *són nuls* els actes de disposició “inter vivos” públics i privats que el causant va atorgar el 12 de maig de 1988 un mes abans de morir, és clar que al no haver disposat vàlidament en vida dels seus bens immobles a través d'aquests documents nuls, havia d'entrar en joc l'últim i vàlid testament tal com l'Audiència ho acorda i declara, tot confirmant aquest extrem de la Sentència de la 1a Instància. Procedeix, per tant, desestimar també aquest 2n motiu de cassació. </s></p></div3>

<div3 n=16><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> El 3r, per la mateixa via processal que l'anterior, esgrimeix infracció de l'art. 737 del Codi civil i de la doctrina legal que cita. Assegura que l'Audiència entén que la modificació de la voluntat del testador per actes seus “inter vivos” posteriors al testament suposa error en la declaració de voluntat feta en aquests actes posteriors els quals haurien de coincidir amb la voluntat del testament anterior.

L'Audiència no diu el que el motiu pretén. El que expressa és que els demandats, ara recurrents, afirmaven que la voluntat del causant el 12 de maig de 1988 quan va atorgar els actes “inter vivos”, era la de distribuir el seu patrimoni immobiliari d'igual manera a com ho havia fet en el testament de l'11 de febrer del mateix 1988. L'Audiència explica que si això és així -com els ara recurrents asseguraven que ho era- s'havia de presumir que no hi va haver voluntat vàlida en els documents de 12 de maig de 1988, ja que no coincidien amb el contingut del testament. I l'Audiència dedueix la manca de voluntat del causant en el contingut dels aitals documents de 12 de maig de 1988, no solament de les expressades manifestacions dels propis demandats (ara aquí recorreguts), sinó també de “la ya muy deficiente salud física del Sr. Ferrer, de la complejidad de las operaciones realizadas (la propia Sra. Benítez que también firmó el pacto de fiducia dice al absolver posiciones que desconoce la existencia de las sociedades instrumentales -folio 399), de que no intervino en el pacto complementario de fiducia ningún fedatario público hallándose presentes por el contrario los letrados de Caliban, S.A., Sr. Vallés y el Letrado del Sr. Juan Ferrer, Sr. Berenguer, y de que en aquella época el Sr. Ferrer tenía ausencias (vid. folio 1.314) hallándose mareado en el momento de la lectura de los documentos (vid pos. 11 folio 1301 y 2184)”; per totes aquestes raons l'Audiència conclou que hi va haver una evident discordància entre la voluntat manifestada pel causant el 12 de maig de 1988 en els documents públics i privats que va atorgar, i la seva *voluntat real*, per la qual cosa anul·la tots aquells documents públics i privats de 12 de maig de 1988 a fi que prosperi la voluntat *real*, la veritablement volguda, que és la voluntat testamentària. Ha de decaure per tant també el 3r motiu. </s></p></div3>

<div3 n=17><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> El motiu 4t al·lega que s'ha infringit la doctrina legal de les sentències del Tribunal Suprem de 23 de maig de 1935, 27 d'octubre de 1951 i 12 de març de 1952. L'argument del motiu és que l'Audiència no tenia cap base per declarar que la voluntat manifestada en els documents públics i privats de 12 de maig de 1988 no era la voluntat real del seu atorgant.

En el fonament anterior ja hem vist que l'Audiència va comptar amb sòlids fonaments per a concloure que la voluntat manifestada el 12 de maig de 1988 *no era la voluntat real* del causant; i com que aquesta és una afirmació de fet que la Sala infereix del conjunt probatori de les actuacions, la seva conclusió no pot impugnar-se en cassació per la via processal del núm. 4rt de l'art. 1692 de la Llei processal que en aquest motiu s'ha emprat; raó per la qual aquest 4rt motiu esdevé igualment improsperable. </s></p></div3>

<div3 n=18><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> Els motius 5è i 6è denuncien la infracció dels arts. 1253 i 1249 del Codi civil sobre la prova de presumpcions; però és sabut que la jurisprudència ensenya que solament si és incoherent, il·lògica o absurda la conclusió que la Sala d'instància extreu entre el fet demostrat i el deduït, és a dir, si no hi ha lògica en l'enllaç entre ambdós, (i només en aquest cas), pot impugnar-se la presumpció; i en el supòsit d'actes els raonaments de l'Audiència s'ajusten a la més estricta lògica com ho demostra el que s'exposa a la Sentència (que hem transcrit en l'anterior fonament 2n); per la qual cosa els 5è i 6è motius també són inviàbles. </s></p></div3>

<div3 n=19><p><s><hi rend="bo">**Setè.** -</hi> I el motiu 7è, últim d'aquest recurs, assegura que un “obiter dictum” de la Sentència ha violat l'art. 1275 del Codi civil en relació amb la doctrina legal que indica; a la qual cosa cal respondre que els “obiter” no fonamenten la decisió de la Sentència, i que per això no hi caben contra ells motius de cassació, ja que encara que no fossin correctes, la Sentència continuaria essent la mateixa, i no podria anul·lar-se per l'eventual desencert d'un “obiter”. </s></p></div3>

Procedeix per tant desestimar també tots els motius d'aquesta cassació i imposar als seus recurrents les costes. Se'ls hi retornarà, no obstant, el dipòsit que van constituir innecessàriament ja que no era necessari (art. 1703 de la LEC).

<div3 n=20><p><s><hi rend="bo">RECURS DEL SR. JOAN FERRER BENÍTEZ</hi></s></p></div3>

<div3 n=21><p><s><hi rend="bo">**Únic.** -</hi> Aquest recurs es compon de 4 motius. El 1r diu que la Sentència de l'Audiència ignora el caràcter ambulatori de tota voluntat testamentària que permet a qualsevol persona poder modificar les seves disposicions testamentàries per actes "inter vivos" posteriors. El 2n addueix que l'Audiència ha vulnerat el principi de l'autonomia de la voluntat consagrat a l'art. 1255 del Codi civil. El 3r diu infringint l'enllaç lògic entre els fets demostrats i els deduïts. I el motiu 4t pretén que s'ha violat l'art. 1261 del Codi civil.

La Sentència de l'Audiència no ha incidit en cap d'aïtals vulneracions ja que: *a)* No ignora el caràcter revocable de les disposicions testamentàries per actes posteriors "inter vivos". El que diu és que aquests últims, en el present cas, varen ser nuls, i aquesta nul·litat determina que entrin en joc les disposicions del testament-*b)* No s'ha conculcat el principi de l'autonomia de la voluntat sinó tot el contrari: com que la voluntat del pare era la del testament de l'11 de febrer de 1988, i no la del 12 de maig del mateix any, la Sentència fa prevaler la 1a.- *c)* No s'ha violat l'enllaç lògic entre els fets demostrats i els deduïts, com hem posat de manifest al contestar el recurs precedent; i, *d)* No s'ha infringit l'art. 1.261 del Codi civil sinó que, pel contrari, la Sentència li ha donat cabal compliment en fer prevaler la voluntat testamentària sobre la posterior no contractual per manca de consentiment del causant en aquesta última.

Per totes aquestes raons, cal desestimar també tots els motius d'aquest 3r recurs.

No obstant això li serà retornat el dipòsit constituït en no ser el mateix necessari. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Pel que resta exposat, en nom del Rei i per l'autoritat que ens atorga la Constitució espanyola,

</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**HEM DECIDIT**</head>

Desestimar els 3 recursos de cassació dels que n'hem fet detingut esment a la present resolució. Condemnem els recurrents al pagament de les costes de sengles recursos. Retorni's als recurrents els dipòsits que van constituir innecessàriament.

Així ho acordem, ho manem i ho signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1997</head>
 <head type=sub rend="bo">Luisa, Carmen, Rosario y Amalia Ferrer Benítez./ Francisco Ferrer Benítez y otros</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">Rescisión por lesión: no procede si ha existido ánimo de liberalidad en el enajenante.- Rescisión por lesión en los contratos aleatorios.- Renuncia a la acción de rescisión por lesión.- Testamento: eficacia *post mortem* de sus disposiciones.- Revocación del testamento: requisitos.- Contratos: anulabilidad por dolo y por intimidación y prueba de la existencia de estos vicios del consentimiento contractual.- Autonomía de la voluntad.- Recurso de casación: no procede en relación con los *obiter dicta* de la sentencia recurrida.- Congruencia.- Prueba de confesión en juicio.- Prueba de presunciones. </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, los presentes recursos extraordinarios de casación, interpuestos, uno, por las hermanas D^a. M^a. Lluïsa, D^a. Amalia, D^a. Carmen y D^a. Rosario Ferrer Benítez, representadas por el Procurador D. Angel Quemada Ruiz y dirigidas por el Letrado D. Lluís Muñoz Sabaté; otro, interpuesto por D. Francisco Ferrer Benítez y D^a. Amalia Benítez Moreno junto con las entidades mercantiles ESCRITUR, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., UPTOWN, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A. e INMO PORSI S.A., representados todos por el Procurador D. Antonio M^a de Anzizu Furest y dirigidos por el Letrado D. Josep Joan Pintó Ruiz; el último, interpuesto por D. Joan Ferrer Benítez representado por el Procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert y dirigido por el Letrado J. Berenguer Casal. Todos los recursos van dirigidos contra la Sentencia de la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de noviembre pasado dimanante de los tres juicios ordinarios acumulados, n^o 1376/90, 354/92 y 594/92 del Juzgado de 1^a Instancia n^o 34 de esta ciudad, los dos primeros de mayor cuantía, y de menor cuantía el último, formulados todos por las 4 expresadas hermanas contra "CALIBAN, S.A." y D^a. Amalia Benítez Mariano el primero, el segundo contra D. Francisco, D. Juan Gregorio y D^a. María Teresa Ferrer Benítez; y el tercero, contra D. Francisco, D. Juan Gregorio y D^a. María Teresa Ferrer Benítez y contra las Sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMO PORSI, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A., ESCRITUR, S.A. y D^a. Amalia Benítez Mariano; versando dichos pleitos sobre la nulidad de escritura de renta vitalicia, sobre rescisión por lesión de la misma y sobre nulidad de diferentes documentos públicos y privados de aportaciones inmobiliarias a Sociedades.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">ANTECEDENTES DE HECHO</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">Primero. - </hi>El 15 de noviembre de 1994, el Magistrado-Juez del Juzgado de 1^a Instancia n^o 34 de Barcelona dictó Sentencia en los tres expresados pleitos acumulados, con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. ANGEL QUEMADA RUIZ, en nombre y representación de las hermanas D^a. MARIA LUISA, D^a. CARMEN, D^a. ROSARIO Y D^a. MARÍA AMALIA FERRER BENÍTEZ, procede declarar la nulidad de la escritura de renta vitalicia de 29 de mayo de 1987 y su respectivo asiento registral; condenar a la demandada CALIBAN, S.A. a integrar la propiedad y posesión de la finca de autos a la herencia del difunto D. Francisco Ferrer Aymar haciendo entrega de la misma a sus herederos sin perjuicio de los derechos usufructuarios del cónyuge viudo; declarar que la referida finca local sita en la calle Pau Claris n^o 77 bajos de Barcelona, pertenece al caudal relicto de D. Francisco Ferrer Aymar, condenando a los demandados D. Gregorio, D. Juan, D. Francisco y D^a María Teresa Ferrer Benítez a estar y pasar por esta declaración y todas sus consecuencias; declarar la nulidad de las respectivas aportaciones a las sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMOPORSI, S.A. de las fincas reseñadas en el fundamento jurídico primero, de manera que tales fincas queden afectas y vuelvan a formar parte del patrimonio o caudal relicto del difunto D. Francisco Ferrer Aymar, decretando asimismo la nulidad de los respectivos asientos registrales que resulten contradictorios con la anterior declaración, condenar a los demandados, las sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMOPORSI, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A. y ESCRITUR, S.A., D. Gregorio, D. Juan, D. Francisco y D^a. María Teresa Ferrer Benítez, a la devolución de los frutos y rentas producidos y a otorgar cuantos documentos públicos y privados fuesen menester para completar los efectos de los anteriores pronunciamientos. Y desestimando la reconvencción interpuesta por el Procurador D. Federico Barba Sopena, en representación de D. Francisco Ferrer Benítez y D^a. Amalia Benítez Mariano, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a las actrices principales reconvenidas de las pretensiones contra ellas ejercitadas en la reconvencción. Todo ello imponiendo a los demandados CALIBAN, S.A., D^a. Amalia Benítez Mariano, D. Francisco Ferrer Benítez y D. Juan Ferrer Benítez y las sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMOPORSI, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A. y ESCRITUR, S.A., al pago de las costas ocasionadas a los actores; y sin hacer expresa condena en costas respecto a los demandados D^a. María Teresa Ferrer Benítez y D. Gregorio Ferrer Benítez". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Segundo. - </hi>Interpuesto recurso de apelación contra la anterior Sentencia, el 14 de noviembre del pasado año 1996, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó la suya con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Juan, D. Francisco Ferrer Benítez, Dº. Amalia Benítez Mariano, y la sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., INMO PORSI, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A., ESCRITUR, S.A. contra la Sentencia dictada el 15 de noviembre de 1994 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 34 de Barcelona y con revocación parcial de la misma debemos desestimar las demandas acumuladas de juicio de mayor cuantía interpuestas por Dª. Luisa, Dª. Carmen, Dª. Rosario y Dª. Amalia Ferrer Benítez contra Caliban S.A., Dª. Amalia Benítez Mariano y contra D. Juan, D. Francisco, D. Gregorio y Dª Teresa Ferrer Benítez, absolviendo a los demandados citados de las pretensiones contenidas en las mismas, y debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada en lo que se refiere a los pronunciamientos correspondientes a la demanda de juicio de menor cuantía nº 594/1992 acumulada a las anteriores, salvo en el particular relativo a las costas procesales que no se imponen en ninguna de las dos instancias."</s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Tercero. - </hi>Contra la anterior resolución se han interpuesto los tres recursos de casación expresados en el comienzo, tramitados en esta Sala según establece la Ley; se señaló vista pública para el 29 de mayo pasado, fecha en que ésta se celebró e informando en ella los Letrados de las respectivas partes en defensa cada uno de sus respectivas posiciones.</s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente de los presentes autos el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ.</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo"></head>FUNDAMENTOS DE DERECHO</div2>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo"></hi>GENERAL A LOS TRES RECURSOS</s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Único. - </hi>Las cuatro hermanas Mª. Luisa, Amalia, Carmen y Rosario Ferrer Benítez impugnan aquí la sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de noviembre de 1996 que revocando parcialmente la dictada por el Magistrado de Primera Instancia nº 34 de esta ciudad el 15 de noviembre de 1994, estima en parte el recurso de apelación del hermano de aquéllas D. Francesc Ferrer Benítez y de su madre Dª. Amalia Benítez Mariano, y da validez al contrato de renta vitalicia otorgado en escritura pública el 29 de mayo de 1987 por el causante D. Francesc Ferrer Aymat a favor de la Sociedad CALIBAN, S.A. desestimando las demandas de mayor cuantía que aquellas 4 hermanas habían interpuesto cuando pedían la nulidad de aquella escritura pública y eventualmente su rescisión por causa de lesión ultradimidium o engaño a medias.

Por su parte, D. Francesc Ferrer Benítez y su expresada madre junto con las Sociedades ESCRITUR, S.A. COMERCIAL ENERO, S.A. UPTOWNS, S.A., COMERCIAL TROTOS, S.A. e INMO PORSI, S.A., interponen también recurso de casación contra aquella sentencia en cuanto confirmó la dictada por el expresado Magistrado de Primera Instancia declarando la nulidad de las respectivas aportaciones inmobiliarias hechas por el causante D. Francesc Ferrer Aymar a favor de las Sociedades UPTOWNS, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A. e INMO PORSI, S.A., a las que condenó (como también a COMERCIAL TROTOS, S.A., a ESCRITUR, S.A., y a Gregorio, Joan, Francesc y Mª Teresa Ferrer Benítez) a devolver las expresadas aportaciones inmobiliarias al patrimonio del causante junto con los frutos y rentas que hubiesen producido.

Y, por último, D. Joan Ferrer Benítez interpuso recurso de casación independiente, pero con la misma pretensión que el anterior (que demos validez a las indicadas aportaciones inmobiliarias)

Así pues, siendo 3 los recursos de casación interpuestos, habrá que estudiarlos por separado, pero como paso previo es conveniente explicar para una mejor comprensión, que en 1983 D. Francisco Ferrer Aymar había creado la sociedad CALIBAN S.A. dedicada a la venta de máquinas de oficina domiciliada en la calle Pau Claris, 77 de Barcelona en local de su propiedad. El expresado Sr. Ferrer estaba casado con Dª. Amalia Benítez Mariano y este matrimonio tenía 8 hijos (Francisco, Joan, Mª Lluïsa, Amalia, Carmen, Rosario, Gregorio y Teresa). El negocio de venta de máquinas de oficina lo llevaba el padre con la colaboración del hijo mayor Francisco y también del hijo Joan. El 4 de agosto de 1982 el padre cedió el 65% de las acciones de CALIBAN S.A. al hijo Francisco y el otro 35 % a Joan a cambio de una pensión o renta vitalicia a favor del cedente y de su esposa de 260.000 pesetas mensuales, actualizables anualmente. El 29 de mayo de 1987, el mismo Sr. Ferrer Aymar, en escritura pública, cedió a CALIBAN, S.A. la propiedad del local base del negocio a cambio de una renta vitalicia de 100.000 pesetas al mes a favor suyo y de su esposa, valorándose el local en 10.000.000 de pesetas.

El 11 de febrero de 1988 el causante otorgó el último testamento en el que instituyó herederos a sus 8 hijos por partes iguales con el usufructo vitalicio universal a favor de su mujer. Y el 12 de mayo de 1988 el causante (que murió de cáncer el 23 de junio del mismo año, o sea, prácticamente un mes después) aportó todas las fincas de su propiedad a las Sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A. e INMO PORSI, S.A., de modo que a su muerte (el 23 de junio de 1988) ya no quedaba nada en la herencia y el testamento era en la práctica inoperante.

Las 4 expresadas hermanas, en los dos pleitos de mayor cuantía acumulados (nº 1376/90 y 354/92), piden la nulidad de la escritura pública de renta vitalicia de 29 de mayo de 1987 con la que el causante transmitió a CALIBAN, S.A. la propiedad del local del negocio y, eventual y subsidiariamente, de no conseguir la nulidad, piden su rescisión por causa de lesión ultradimidium o engaño a medias; y en la demanda posterior de menor cuantía nº 594/92, también acumulada a las anteriores, las propias hermanas piden la nulidad de las aportaciones inmobiliarias hechas por el causante el 12 de mayo de 1988 a las Sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A. e INMO PORSI, S.A.

La Sentencia de la Audiencia impugnada, desestima las pretensiones de nulidad y subsidiaria de rescisión de la escritura de renta vitalicia; y, por el contrario, declara la nulidad de las aportaciones inmobiliarias hechas por el causante a favor de aquellas tres Sociedades.

Estas 4 hermanas interponen la casación contra la Sentencia de la Audiencia en cuanto les ha denegado la nulidad de la escritura de renta vitalicia; y las otras partes interponen en sus recursos de casación en protesta porque la Audiencia ha anulado las aportaciones de los inmuebles en las indicadas Sociedades.

Hay que considerar ahora ya, pues, los motivos de ambos recursos, comenzando por el de las 4 hermanas.

</s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">RECURSO DE CASACIÓN DE LAS HERMANAS M^a LLUISA CARMEN, ROSARIO, Y

AMALIA FERRER BENÍTEZ. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>En el 1º motivo, que formulan por la vía del nº 4 del art. 1692 de la L.E.C., denuncian la infracción de los arts. 1265, 2º y 1269 del Código Civil. Del primero en cuanto dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo; del segundo que dice cuando tiene que entenderse que hay intimidación que para calificarla hay que tener en cuenta la edad, el sexo y la condición de la persona; y del último que señala cuando hay dolo.

El motivo trata de demostrar que el Tribunal de casación puede entrar a valorar la existencia del dolo en su aspecto interno y también los hechos que integran la intimidación, señalando que la audiencia no ha valorado debidamente que el causante tenía 82 años cuando otorgó el contrato de renta vitalicia el mes de mayo de 1987, que había estado internado en agosto de 1981 y en agosto de 1984 en la Clínica Quirón, que sus dos hijos Francisco y Joan eran desde 1982 propietarios del único negocio familiar (CALIBAN S.A.), y ellos le pagaban la renta vitalicia acordada, y que la Sentencia recurrida no ha considerado la edad ni la condición de dependencia económica del Sr. Ferrer Aymar respecto de estos dos hijos suyos.

A todo esto tenemos que contestar que independientemente de que la apreciación de si hubo o no consentimiento, dolo o intimidación en el contrato, son cuestiones de hecho de la soberana apreciación del Tribunal de Instancia que no son impugnables en la casación por la vía del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cierto aquí es, además, que ni la edad del causante ni su alegada dependencia económica respecto de sus dos expresados hijos serían suficientes (por muchas consideraciones jurídicas que hiciésemos) para desvirtuar lo que nos dice la Sentencia de la Audiencia cuando en el fundamento jurídico SÉPTIMO expresa que: "...ni por vía directa ni por la indiciaria puede estimarse probado en estos autos que el Sr. Ferrer Aymar hubiese otorgado la escritura pública de 29.5.1987 o prestado su consentimiento interviniendo dolo o intimidación por parte de su hijo Francisco, legal representante de Caliban S.A. Todos los hijos del Sr. Ferrer admiten al absolver posiciones que aunque la salud física del Sr. Ferrer fue progresivamente menguando hasta su muerte, siempre conservó íntegras sus facultades mentales y así lo atestigua también su médico de cabecera (f 740 y 870) y el Notario que autorizó la escritura de renta vitalicia impugnada (f. 741). También admiten que el Sr. Ferrer siempre distinguió entre el negocio familiar la empresa Caliban S.A. y el resto de su patrimonio, y que su voluntad era que la primera quedase para los hijos que trabajaban en ella (vid. pos 11 f. 723 pos. 23 f. 2298 y pos 1ª f. 2316). Es asimismo un hecho incontrovertido que ya en vida, en el año 1982 en perfecto estado de salud (pos. 25 f. 2298) el Sr. Ferrer donó a sus hijos Francisco y Juan, en proporciones distintas, las acciones de la sociedad Caliban a cambio de obtener de ellos una renta vitalicia que lejos de ajustarse a lo estrictamente pactado aquéllos abonaron a través de Caliban manteniendo a sus padres en el mismo nivel de vida que venían disfrutando (pos. 18 f 723, pos 2ª f. 724, pos. 4 f. 914 y f. 1377 y ss. y f. 1871). Tampoco puede afirmarse que el sr. Ferrer no había mudado su voluntad respecto a la propiedad del local donde se encontraba ubicado el que había sido su negocio, pues aún cuando en los testamentos de los años 1974 y 1983 se prelegaba dicho local a alguno de sus hijos, es lo cierto que en el otorgado en el año 1972 el local se legaba a su hijo Francisco y que en el documento privado de Agosto de 1982, de donación onerosa de las acciones de Caliban S.A. a los hijos que llevaban el negocio, ya se contemplaba la eventualidad de que la finca perteneciera en un futuro en su integridad a sus hijos Francisco y Juan. No resulta extraño, pues, que el causante viendo próxima su muerte -en el año 1987 ya se le había diagnosticado la enfermedad que acabaría con su vida un año más tarde- deseara vincular definitivamente el local donde se asentaba el negocio, a éste y no someterlo a los avatares de una partición hereditaria, el tiempo que se aseguraba que la empresa siguiera satisfaciendo la pensión vitalicia que venía percibiendo anteriormente incrementada con 100.000 pesetas mensuales. Hay que inscribir los negocios concertados, como indicó la defensa de los demandados, en el ámbito de las relaciones familiares y de confianza que existía entre padres e hijos (vid. posiciones f. 914); por igual razón no resulta ilógico que no se exigieran garantías hipotecarias para asegurar el futuro pago de las pensiones y que tampoco el pago de éstas se realizara en la forma estrictamente pactada, pues lo que se desprende de la valoración conjunta de las pruebas practicadas es que Caliban S.A., mantenía a los Sres. Ferrer-Benítez y abonaba directamente también parte de sus gastos (pos. f.1377 a 1474, f. 871 y f. 438). Prueba que el otorgamiento de la escritura de 29.5.87 y la cesión del local a Caliban S.A., era fruto de su voluntad es el posterior redactado del testamento de 11 de febrero de 1988 -éste sí plenamente válido a criterio de la parte actora- donde se omitió toda referencia al local ya cedido de la calle Pau Claris nº 77 de Barcelona. No consta en forma alguna en los autos, que se empleasen maquinaciones insidiosas para la transmisión del local, ni que se influyese o intimidase torticeramente la voluntad del difunto Sr. Ferrer. la dependencia económica a que se alude para fundar el vicio del consentimiento, ya existía en cuanto a los hijos Francisco y Juan desde que les donó las acciones de Caliban S.A. en el año 1982, y en cualquier caso manteniendo en su patrimonio sus otros bienes inmuebles, tal dependencia era más que relativa o lo que es igual no podía existir un temor racional y fundado a unas hipotéticas y no probadas amenazas de perder la pensión alimenticia cuando el Sr. Ferrer contaba cuanto menos con una finca de 100 hectáreas en Cunit, y otra de 10 Ha. en Cubelles. No se daba tampoco ninguna situación de aislamiento del Sr. Ferrer con respecto a su familia pues todos los hijos trataron, vieron y acompañaron a su padre hasta su muerte (vid. al efecto pos. 14 y 15 f. 2207, 2217, 22510 y 1314 v)."

<div3 n=9>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>El motivo 6º insiste nuevamente en la infracción del art. 359 de la L.E.C. alegando ahora aquí que la sentencia es incongruente porque dice que reconoce eficacia al documento de renuncia a la acción de rescisión de 27 de mayo de 1988 (27 días antes de morir) y que, por el contrario, niega eficacia a los documentos 15 días anteriores “por la ya muy deficiente salud física del Sr. Ferrer” que “en aquella época tenía ausencias”. Los recurrentes dicen que no comprenden que se anulen los documentos hechos el 12 de mayo de 1988 por el deficiente estado de salud y las ausencias del Sr. Ferrer Aymar, y que en cambio se de por válido el documento que hizo 15 días después, el 27 de mayo de 1988.

Tampoco es aceptable esta denuncia. Por un doble motivo: Primero, porque lo que reza la sentencia sobre el documento de renuncia a la rescisión es también un mero “óbitero” intrascendente para el fallo (“todo ello -dice la sentencia- aún sin considerar que el causante poco antes de su muerte renunció al ejercicio de la acción de rescisión en documento obrante al folio 182”). De modo que la Sentencia ni siquiera considera este documento. Y aunque lo hubiese considerado -y no lo hizo-, no sería tampoco verdadera la incongruencia de la sentencia porque esta consideró no válidos los documentos del 12 de mayo de 1988 no sólo “por la ya muy deficiente salud física del sr. Ferrer que en aquella época tenía ausencias”, sino que los anuló entre otros motivos (que tendremos que ver al examinar los otros recursos de casación), por la deficiente salud del Sr. Ferrer Aymar, por la complejidad de las operaciones realizadas, por la inexistencia de fedatario público, por la presencia sólo de los abogados de CALIBAN y del Sr. Joan Ferrer, por las ausencias del Sr. Ferrer Aymar, y por su mareo en el momento de la lectura de los documentos.”

No siendo pues cierta la contradicción interna de la sentencia, no hay en ella la incongruencia que denuncia el 6º motivo. </s></p></div3>

<div3 n=10>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** - </hi>Y las mismas razones que acabamos de aducir para desestimar el motivo 6º son aplicables para rechazar el 7º (último de este recurso) en el que se vuelve a hablar del documento de renuncia de la acción de rescisión que, como ya hemos visto, fue del todo irrelevante para el fallo de la sentencia. Aparte de que esta no se fundamenta en la prueba de presunciones cuando habla de aquel intrascendente documento, y por tanto no puede haberse infringido el art. 1253 del Código Civil. </s></p></div3>

<div3 n=11>

<p><s><hi rend="bo">**Octavo.** - </hi>Por todo lo expuesto, tendremos que desestimar el recurso de casación de las hermanas Mª Lluïsa, Amalia, Carmen y Rosario Ferrer Benítez, decretar la pérdida del depósito que constituyeron, y condenarlas al pago de las costas de su recurso. </s></p></div3>

<div3 n=12>

<p><s><hi rend="bo">RECURSO DE D. FRANCISCO FERRER BENÍTEZ, DE Dª AMALIA BENÍTEZ MORENO Y DE LAS ENTIDADES MERCANTILES ESCRITUR, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A., UPTOWN S.A. COMERCIAL TROTOS, S.A. E INMOPORSI, S.L. </hi></s></p></div3>

<div3 n=13>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Como hemos dicho en el fundamento de derecho general único de la presente resolución, los sres. expresados y las entidades indicadas, impugnan también aquí la Sentencia de la audiencia en la parte que confirmó la del Magistrado de 1ª Instancia declarando nulas las aportaciones de inmuebles hechas por el causante a favor de las sociedades UPTOWN, S.A., COMERCIAL ENERO, S.A. e INMOPORSI, S.A. y la impugnación la concretan en los 7 motivos que analizamos a continuación. </s></p></div3>

<div3 n=14>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>En el 1º, por la vía del nº 3º del art. 1692 de la L.E.C. denuncian infracción del art. 359 de la LEC en relación con el 11,3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Explican que la Sentencia impugnada no resuelve la reconvencción articulada por los recurrentes Sr. Ferrer Benítez y Amalia Benítez en el pleito de menor cuantía acumulada nº 594/92 por lo que dicen que la Sentencia es incongruente y que vulnera los preceptos aludidos.

El motivo es claramente desestimable. La Sentencia de 1ª Instancia resolvió expresamente la reconvencción declarando en su parte dispositiva textualmente: “Y desestimando la reconvencción interpuesta por el Procurador D. Federico Barba Sopena, en representación de D. Francisco Ferrer Benítez y Dª. Amalia Benítez Mariano, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a las actoras principales reconvenidas de las pretensiones contra ellas ejercitadas en la reconvencción”.

El anterior pronunciamiento de la 1ª Instancia fue plenamente confirmado por la Audiencia al decir (también textualmente):... “y debemos confirmar y confirmamos la Sentencia apelada en lo que se refiere a los pronunciamientos correspondientes a la demanda de juicio de menor cuantía nº 594/1992 acumulada a las anteriores...”

No puede decirse, pues, que la Audiencia no resolvió las pretensiones de la reconvencción del pleito de menor cuantía 594/1992 si, como veíamos, confirmó expresamente su rechazo, ya formulado en la 1º Instancia, porque la confirmación de los pronunciamientos respecto de la demanda de menor cuantía implicaba como consecuencia inexorable aquel rechazo.

Este 1º motivo es por tanto notoriamente desestimable. </s></p></div3>

<div3 n=15>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero** - </hi>El 2º es formulado por la vía del apartado 4º del art. 1692 de la Ley de Procedimiento y aduce la infracción del art. 667 del Código Civil y de las sentencias invocadas. Alega que el testamento sólo puede tener eficacia después de la muerte de su autor, y que la voluntad que la Audiencia tenía que tener en cuenta no era la del testamento, sino la de los actos de disposición “inter vivos” que el causante otorgó después del testamento, el 12 de mayo de 1988, un mes antes de morir.

Pero -decimos ahora nosotros- como la Audiencia declara que son nulos a los actos de disposición “inter vivos” públicos y privados que el causante otorgó el 12 de mayo de 1988 un mes antes de morir, queda claro que al no haber dispuesto válidamente en vida de sus bienes inmuebles a través de estos documentos nulos, tenía que entrar en juego el último y válido testamento tal como la Audiencia lo acuerda y declara, confirmando este extremo de la Sentencia de la 1ª Instancia.

Procede, por tanto, desestimar también este 2º motivo de casación. </s></p></div3>

<div3 n=16>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto**. - </hi>El 3º por la misma vía procesal que el anterior, esgrime infracción del art. 737 del Código Civil y de la doctrina legal que cita. Asegura que la Audiencia entiende que la modificación de la voluntad del testador por actos suyos “inter vivos” posteriores al testamento supone error en la declaración de voluntad hecha en estos actos posteriores que tendrían que coincidir con la voluntad del testamento anterior.

La Audiencia no dice lo que el motivo pretende. Lo que expresa es que los demandados, ahora recurrentes, afirmaban que la voluntad del causante el 12 de mayo de 1988 cuando otorgó los actos “inter vivos”, era la de distribuir su patrimonio inmobiliario de idéntica manera a como lo había hecho en el testamento del 11 de febrero del mismo 1988. La Audiencia explica que si ello es así -como los ahora recurrentes aseguraban que lo era- tenía que presumirse que no hubo voluntad válida en los documentos de 12 de mayo de 1988, no sólo de las expresadas manifestaciones de los propios demandados (ahora aquí recurridos) sino también de “la ya muy deficiente salud física del sr. Ferrer, de la complejidad de las operaciones realizadas (la propia Sra. Benítez que también firmó el pacto de fiducia dice al absolver posiciones que desconoce la existencia de las sociedades instrumentales -folio 399), de que no intervino en el pacto complementario de fiducia ningún fedatario público hallándose presentes por el contrario los letrados de Caliban, S.A. Sr. Vallés y el Letrado del Sr. Juan Ferrer, Sr. Berenguer, y de que en aquella época el sr. Ferrer tenía ausencias (vid. folio 1.314) hallándose mareado en el momento de la lectura de los documentos (vid pos. 11 folio 1301 y 2184)”. Por todas estas razones la Audiencia concluye que hubo una evidente discordancia entre la voluntad manifestada por el causante el 12 de mayo de 1988 en los documentos públicos y privados que otorgó, y su voluntad real, por lo cual anula todos aquellos documentos públicos y privados de 12 de mayo de 1988 con el fin de que prospere la voluntad real, la verdaderamente querida, que es la voluntad testamentaria.

Debe decaer por tanto también el 3º motivo. </s></p></div3>

<div3 n=17>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto**. - </hi>El motivo 4º alega que se ha infringido la norma legal de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1935, 27 de octubre de 1951 y 12 de marzo de 1952. El argumento del motivo es que la Audiencia no tenía ninguna base para declarar que la voluntad manifestada en los documentos públicos y privados de 12 de mayo de 1988 no era la voluntad real de su otorgante.

En el fundamento anterior ya hemos visto que la Audiencia contó con sólidos fundamentos para concluir que la voluntad manifestada el 12 de mayo de 1988 no era la voluntad real del causante; y como ésta es una afirmación de hecho que la Sala infiere del conjunto probatorio de las actuaciones, su conclusión no puede impugnarse en casación por la vía procesal del nº 4º del art. 1692 de la Ley procesal que en este motivo se ha empleado; razón por la que este 4º motivo deviene igualmente improsperable. </s></p></div3>

<div3 n=18>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto**. - </hi>Los motivos 5º y 6º denuncian la infracción de los art. 1253 y 1249 del Código Civil sobre la prueba de presunciones; pero es sabido que la jurisprudencia enseña que sólo si es incoherente, ilógica o absurda la conclusión que la Sala de instancia extrae entre el hecho demostrado y el deducido, es decir, si no hay lógica en el enlace entre ambos, (y sólo en este caso), puede impugnarse la presunción; y en el supuesto de autos los razonamientos de la Audiencia se ajustan a la más estricta lógica como lo demuestra lo expuesto en la Sentencia (que hemos transcrito en el anterior fundamento 2º); por lo cual los motivos 5º y 6º son también inviables. </s></p></div3>

<div3 n=19>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo**. - </hi>Y el motivo 7º, último de este recurso, asegura que un “obiter dictum” de la Sentencia ha violado el art. 1275 del Código Civil en relación con la doctrina legal que indica; a lo que tiene que responderse que los “obiter” no fundamentan el fallo de la Sentencia, y que por ello no caben contra el los motivos de casación, ya que aunque no fuesen correctos, la Sentencia continuaría siendo la misma, y no podría anularse por el eventual desacierto de un “obiter”.

Procede por tanto desestimar también todos los motivos de esta casación e imponer a sus recurrentes las costas. Devolviéndoseles, no obstante, el depósito constituido innecesariamente ya que no era necesario (art. 17032 de la L.E.C.). </s></p></div3>

<div3 n=20>

<p><s><hi rend="bo">RECURSO DE D. JOAN FERRER BENÍTEZ</hi></s></p></div3>

<div3 n=21>

<p><s><hi rend="bo">Único. - </hi>Este recurso se compone de 4 motivos. El 1º dice que la Sentencia de la Audiencia ignora al carácter ambulatorio de toda voluntad testamentaria que permite a cualquier persona poder modificar sus disposiciones testamentarias por actos "inter vivos" posteriores. El 2º aduce que la Audiencia ha vulnerado el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 del código Civil. El 3º dice infringido el enlace lógico entre los hechos demostrados y los deducidos y el motivo 4º pretende que se ha violado el art. 1261 del Código Civil.

La Sentencia de la Audiencia no ha incidido en ninguna de tales vulneraciones ya que: a) No ignora el carácter revocable de las disposiciones testamentarias por actos posteriores "inter vivos". Lo que dice es que estos últimos en el presente caso fueron nulos, y esta nulidad determina que entren en juego las disposiciones del testamento.

b) No se ha conculcado el principio de la autonomía de la voluntad sino todo lo contrario: como la voluntad del padre era la del testamento del 11 de febrero de 1988, y no la del 12 de mayo del mismo año, la Sentencia hace prevalecer la 1ª.

c) No se ha violado el enlace lógico entre los hechos demostrados y los deducidos, como hemos puesto de manifiesto al contestar el recurso precedente, y

d) No se ha infringido el art. 1.261 de Código Civil sino que, por el contrario, la Sentencia le ha dado cabal cumplimiento al hacer prevalecer la voluntad testamentaria sobre la posterior no contractual por falta de consentimiento del causante en esta última.

Por todas estas razones, hay que desestimar también todos los motivos de este 3º recurso.

Ello no obstante le será devuelto el depósito constituido al no ser el mismo necesario. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución.</s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Desestimar los 3 recursos de casación de los que hemos hechos detallada mención en la presente resolución. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas de ambos recursos. Devuélvanse a los recurrentes los depósitos constituidos innecesariamente.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 9 DE JUNY DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Josep, Teresa, Joan, Glòria i Jordi Regàs i Soler / Francesc Regàs i Puig</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Memòria testamentària: nul·litat.- Testament: interpretació.- Diferències entre la llegítima i el suplement de llegítima.- Interessos de la llegítima.- Imputacions a la llegítima.- Imputació de liberalitats fetes als néts.- Actes propis.- Recurs de cassació: qüestions noves en el recurs.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats esmentats al marge, el recurs de cassació contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Barcelona, com a conseqüència de les actuacions judicials de judici de menor quantia, seguides davant el Jutjat de Primera Instància núm. 4 d'Arenys de Mar, en què s'exerceix una acció de reclamació de llegítima i lliurament de llegat. El recurs va ser interposat per les Sres. María Teresa i Glòria i pels Srs. Jordi i Joan Regàs Soler, representats per la procuradora Sra. María José Blanchar García i assistits en l'acte de vista pel lletrat Sr. Jacint Amat Bigordá. Hi ha actuat com a part apel·lada el Sr. Francisco Regàs Puig, representat pel procurador Sr. Joan Dalmau Piza i assistit en l'acte de la vista per la lletrada Sra. Fina Regàs Pons.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> La representació del Srs. Josep, Joan, Jorge i les Sres. María Teresa i Glòria Regàs Soler va formular davant el Jutjat de Primera Instància núm. 4 d'Arenys de Mar, demanda de judici de menor quantia exercint demanda sobre reclamació de llegítima i lliurament de llegat contra el Sr. Francisco Regàs Puig, en la qual, després d'invocar els fonaments legals que va estimar aplicables, va acabar per sol·licitar que, previs els tràmits legals oportuns, es dictés una sentència de conformitat amb la sol·licitud de la demanda. Admesa la demanda, es va citar la part demandada, que va comparèixer en el temps i la forma legals, responent a la demanda, en la qual, després d'al·legar els fonaments legals que va estimar oportuns, va suplicar que es desestimés la demanda, amb expressa imposició de costes a l'actora. Seguit el judici pels seus tràmits legals, amb data 23.5.95, es va dictar sentència amb la decisió següent decisió: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de Josep Regàs Puig, M. Teresa Regàs Soler, Joan Regàs Soler, Gloria Regàs Soler y Jorge Regàs Soler contra Francisco Regàs Puig, debo condenar y condeno al demandado a hacer entrega a los actores, mediante el otorgamiento de escritura pública, del legado consistente en los pisos propiedad del difunto Juan Regàs Ferrer del edificio de la calle D'en Riera número 5 de Arenys de Mar, en la proporción contenida en el testamento de fecha 20 de octubre de 1992.

A cada legitimario (incluido el actor) le corresponde la tercera parte de la cantidad resultante de dividir entre cuatro la suma de 209.401.075.-Ptas. quedando pendientes de verificar el valor nominal de los títulos obrantes en la Caixa a nombre del causante en fecha 5 de noviembre de 1992, cuya cuantía debe sumarse a la cantidad antedicha.

Se deducirán de dicho monto, en su caso, las mejoras realizadas en las fincas donadas que, peritadas en ejecución de sentencia, hayan corrido a cargo del demandado.

Se imputa en concepto de legítima respecto de Josep Regàs Puig la suma de 9.540.000.-Ptas. por el legado previsto en el testamento, imputándose la otra mitad a la legítima de Juan Regàs Puig cuyos herederos, además, imputarán la suma de 1.700.000.-Ptas. percibida por cada uno de ellos.

El resto hasta llegar a las dos terceras partes de la cuarta parte de la suma antedicha, de 209.401.075.-Ptas. deberá ser entregada por el demandado a los actores Josep Regàs Puig por derecho propio, y al resto de actores por derecho de representación.

Respecto a los intereses, y por lo que hace al legado imputable a la legítima, corresponde a los legitimarios el cobro de los frutos y rentas que de la finca se hayan derivado desde la muerte del causante y que no se demuestre en ejecución de sentencia que vienen siendo percibidos con regularidad por los actores.

El resto de cantidades a entregar devengarán el interés legal desde 14 de septiembre de 1993, fecha de la reclamación judicial.

Que cada parte abone las costas causadas a su instancia, y las comunes, por mitad". </s></p>

</div3>

Tercer. -</hi> Contra la sentència esmentada ambdues parts van interposar recurs d'apel·lació, se'n va substanciar l'alçada davant la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar sentència amb data 2.11.96, la part de dispositiva de la qual és com segueix: "FALLAMOS: Que estimando en parte los recursos de apelación presentados por la procuradora Sra. María José Blanchar en nombre y representación de la parte actora y de D. Joan E. Dalmau en representación de la parte demandada, ambos contra parte de la sentencia dictada en autos de menor cuantía núm. 284/93 (Rollo 1178/95) por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arenys de Mar debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia y en consecuencia debemos condenar y condenamos al demandado, heredero gravado, a soportar los gastos de la entrega de legado y legítimas que aquí se establecen; debemos declarar y declaramos que a cada legitimario corresponde la tercera parte de la cuarta parte del total de la masa hereditaria cifrada en 203.852.525 ptas., de donde practicadas las imputaciones correspondientes a los respectivos legados, debemos condenar y condenamos a la parte demandada, heredero gravado, a abonar a D. José Regás Puig la suma de 7.447.210 ptas. en concepto de legítima, más los intereses legales desde la fecha de la muerte del causante incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo pago; y asimismo a abonar a D^a María Teresa, D^a Gloria, D. Jorge y D. Juan Regàs Soler la suma de 286.802,50 ptas. para cada uno de ellos, más los intereses legales desde la demanda iniciadora de esta litis, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo abono; se confirma en lo demás por consentida o por desestimación parcial de los respectivos recursos, la sentencia impugnada en sus restantes pronunciamientos, todo ello sin imposición de costas de la alzada por imperativo legal." </s></p></div3>

Quart. -</hi> La procuradora Sra. María José Blanchar García, en nom i representació de les Sres. María Teresa i Glòria i els Srs. Jordi i Joan Regàs Soler, va formalitzar recurs de cassació per infracció de normes de Dret civil comú i Dret civil de Catalunya, que basava en els motius següents:

1. A l'empara de l'apartat 4t de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil per infracció de l'article 123, paràgraf segon del Codi de successions.
2. A l'empara de l'apartat 4t de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de l'article 672 del Codi civil, en relació amb els articles 689 al 693 del mateix Codi, i jurisprudència interpretativa.
3. A l'empara de l'apartat 4t de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de l'article 328, en relació amb l'article 352, paràgraf segon, del Codi de successions.
4. A l'empara de l'apartat 4t de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de l'article 110 del C.S. en relació amb jurisprudència interpretativa.
5. A l'empara de l'apartat 4t de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de l'article 365 C.S., en relació amb jurisprudència interpretativa. </s></p></div3>

Cinquè. -</hi> Per provisió de data 17 de febrer passat, es va tenir per interposat recurs de cassació i es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal, d'acord amb de l'art. 1709 de la L.E.C., que va evacuar el trasllat conferit mitjançant un escrit de data 10 de març passat, en què considera procedent l'admissió a tràmit d'aquest recurs. Per provisió de data 24 del mateix mes, es va admetre a tràmit el recurs de cassació interposat per la procuradora Sra. Blanchar i es va concedir el termini de 20 dies per a la seva impugnació. Per provisió de data 28 d'abril passat, es va tenir per evacuat el tràmit d'impugnació, i es va acordar la celebració de vista per al dia 15 de maig passat a les deu hores del matí, dia en què va tenir lloc amb l'assistència dels lletrats i procuradors d'ambdues parts. La part recurrent va sol·licitar que es cassés la sentència objecte d'apel·lació i que es concedís la quantitat que per llegítima els correspongués amb els interessos oportuns des de la data de la mort del causant. La part apel·lada va sol·licitar que es desestimessin tots els motius del recurs, que es calculessin els interessos des de la data de la interposició de la demanda i que es condemnés la recurrent a les costes causades. </s></p></div3>

Hi ha actuat coma ponent l'Excm. Sr. GUILLERMO VIDAL I ANDREU. </s></p></div3></div2>

RAONAMENTS JURÍDICS

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Abans d'examinar el contingut fonamental d'aquest recurs de cassació, cal al·ludir els fets determinants del litigi, que poden reconduir-se als punts següents. El Sr. Juan Regàs Ferrer va morir a Arenys de Mar el dia 15 de novembre de 1992. El mort havia tingut tres fills: Francisco, Juan i Josep. L'esmentat fill Juan va premorir al seu pare, deixant, al seu torn, quatre fills: M. Teresa, Joan, Glòria i Jorge Regàs Soler. El causant va atorgar testament obert el dia 20 d'octubre de 1992 davant del notari d'Arenys Sr. Guzmán Clavell i Jordá, en què va instituir hereu universal al seu fill Francisco Regàs Puig i va llegar els pisos que li pertanyien de l'edifici situat al carrer D'en Riera núm. 5 d'Arenys al seu fill Josep Regàs Puig i als seus néts esmentats: M. Teresa, Joan, Glòria i Jorge, en la proporció d'una meitat indivisa per al seu fill i l'altra meitat indivisa per als seus néts, per parts iguals entre ells. El mateix dia va atorgar memòria testamentària del tenor següent: "que en el dia d'avui i davant el notari d'aquesta residència, Sr. Guzmán Clavell Jordá, he atorgat el meu testament, en el qual dispo de diversos llegats i institueixo hereu universal el meu fill Francisco Regàs Puig, i sense que el que passo a consignar revoqui l'esmentat testament, que haurà de considerar-se com a ampliació del que s'hi ha disposat, ordeno que l'hereu, el meu fill Francisco, haurà de lliurar a tots els meus néts els diners o metàl·lic que hi hagi en qualsevol Caixes o Bancs, a parts iguals entre ells". De conformitat amb el que s'ha disposat en l'esmentada memòria testamentària, el Sr. Francisco Regàs Puig va fer lliurament als néts del Sr. Juan Regàs de la quantitat de disset milions de pessetes, a raó d'un milió set-cents mil pessetes per a cada un dels deu néts.

Aquest és el nucli de discussió sobre el qual se centra aquest recurs de cassació. El Sr. Josep Regàs Puig i els seus nebots: M. Teresa, Joan, Glòria i Jorge Regàs Soler van entaular en el seu dia, davant el Jutjat de Primera Instància núm. 4 d'Arenys de Mar, demanda de judici de menor quantia relativa al lliurament de llegat i reclamació de llegítima, en què sol·licitaven que es condemnés l'hereu al lliurament de nou milions sis-cents quaranta mil cent quaranta i cinc pessetes a l'esmentat Sr. Josep Regàs en concepte de llegítima i una altra quantitat igual als quatre néts del causant també en concepte de llegítima per dret de representació del fill premort (Sr. Juan Regàs), així com al lliurament del llegat en escriptura pública, tot això amb els corresponents interessos a comptar des del dia 15 de novembre de 1992, data de la mort del Sr. Juan Regàs Ferrer.

La sentència dictada en primera instància va estimar parcialment la demanda i va fixar el total del cabal relicte en dos-cents nou milions quatre-cents una mil setanta-cinc pessetes, va ordenar el lliurament de llegítimes i llegat i va imputar a la llegítima dels néts la quantitat d'un milió set-cents mil pessetes rebuda per la memòria testamentària; va fixar la data inicial dels interessos el dia de la reclamació judicial. La sentència de segona instància, dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, i avui objecte de cassació, conté la següent decisió: "Que estimant en part els recursos d'apel·lació presentats..., hem de revocar i revoquem en part l'esmentada sentència i, en conseqüència, hem de condemnar i condemnem el demandat, hereu gravat, a suportar les despeses del lliurament de llegat i llegítimes que aquí s'estableixen; hem de declarar i declarem que a cada legitimari correspon la tercera part de la quarta part del total de la massa hereditària xifrada en 203.852.525 ptes., d'on practicades les imputacions corresponents als respectius llegats, hem de condemnar i condemnem la part demandada, hereu gravat, a abonar al Sr. José Regàs Puig la suma de 7.447.210 ptes., en concepte de llegítima, més interessos legals des de la mort del causant incrementats en dos punts des de la data de la sentència de primera instància i fins al seu complet pagament; i així mateix a abonar a les Sres. María Teresa i Glòria, i als Srs. Jorge i Juan Regàs Soler la suma de 286.802, 50 ptes. per a cada un d'ells, més els interessos legals des de la demanda iniciadora d'aquesta *litis*, incrementats en dos punts des de la data de la sentència de primera instància i fins al seu complet abonament". En una interlocutòria d'aclariment posterior, de data 22 d'octubre de 1966, la mateixa Secció va corregir la xifra de la massa hereditària fixant-la en 192.832.325 ptes., amb la qual cosa les sumes a percebre es determinaven en, respecte al que a aquest recurs interessa, 57.215 ptes., per a cada nét. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> El primer motiu de recurs es basa en l'apartat 4t de l'art. 1692 de la LEC, per infracció de l'art. 123, paràgraf segon, del Codi de successions i jurisprudència que l'interpreta. Entén la part recurrent que la memòria testamentària atorgada pel Sr. Juan Regàs Ferrer és nul·la de ple dret en passar dels límits quantitius fixats en el precepte esmentat, ja que si el cabal relicte total es xifra en 192.832.325 ptes., els 17.000.000 ptes., als quals ascendeix el total del que s'ha lliurat, és una quantitat superior a 9.641.616 ptes., que constitueix la vintena part d'aquell *relictum*. L'esmentada nul·litat de la memòria prové, a més, segons el recurrent, de la doctrina d'aquesta mateixa Sala, reflectida en sentència de 16 de gener de 1995. El compliment de la disposició successòria només ha d'interpretar-se, sempre segons el recurrent, en el desig de respectar la voluntat del testador, entenent que es tracta d'una donació pura, unilateral i incondicionada.

El motiu cassacional no pot prosperar. Com és sabut, no poden tenir accés a la cassació les qüestions noves, entenent-se per tals aquelles que no han estat objecte de controvèrsia i discussió entre les parts a les diferents instàncies processals. El nostre Tribunal Suprem té declarat (en Sentències d'11 d'abril, 4 de juny, 22 de juliol i 20 de setembre de 1994) que les qüestions noves pertorben l'objecte de la controvèrsia, atempten als principis de preclusió i igualtat de les parts i produeixen indefensió a l'altra part. En el mateix sentit es pronuncien les sentències més recents d'1 i 31 d'octubre de 1996. La nul·litat plantejada per la part recurrent apareix per primera vegada i per sorpresa en aquest recurs. Mai fins ara els actors, apel·lants, i avui recurrents, havien qüestionat la validesa de la memòria. És més, havien acceptat el metàl·lic "renunciant a qualsevol reclamació per aquest concepte", de manera que fins i tot l'actual i intempestiva petició vulnera el principi general de bona fe segons el qual *venire contra factum proprium non valet*. L'únic que s'ha discutit al llarg del procés són l'essència i naturalesa de la disposició successòria, inclinant-se una mica el Jutge de Primera Instància a considerar que es tracta d'una donació *mortis causa*, amb la qual cosa, de conformitat amb l'art. 358 del Codi successori, és imputable a la llegítima i afirma la secció d'apel·lació que es tracta d'un llegat dinerari a favor dels legitimaris per dret de representació, amb citació de l'art. 352.2 del Codi de successions, amb la qual cosa -diu- és clarament imputable a la llegítima *iure representationis*. I aquest és el vertader tema nuclear, no la validesa de la memòria, sempre acceptada i mai discutida fins a arribar a aquesta Sala, Sala que, fora d'això, és cert que en una sentència -l'esmentada per la part recurrent- va declarar la nul·litat d'una memòria testamentària però sent aquest precisament l'objecte del debat. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El segon motiu de cassació es fonamenta en el mateix apartat 4t de l'art. 1692 de la LEC., per infracció de l'art. 672 del Codi civil, en relació amb els articles 689 a 693 del mateix Codi substantiu i jurisprudència interpretativa, respecte a l'obligació de protocolitzar les memòries testamentàries perquè obtinguin validesa i eficàcia.

Sosté el recurrent que la memòria de les actuacions no cobreix aquests requisits de validesa i eficàcia, perquè segons l'art. 672 del CC són nul·les les memòries testamentàries que no reuneixin els requisits previstos per al testament hològraf, entre els quals es troba el de la seva protocolització.

Tampoc aquest motiu no pot prosperar. Basar-se en el Dret comú que desconeix les memòries testamentàries en si mateixes, quan en el Dret propi de Catalunya la memòria testamentària té la seva història i la seva regulació, pel que fa al concepte, naturalesa i revocació (articles 123 i 133 del Codi de successions) és una postura absolutament rebutjable, com ho és també aplicar capriciosament a un mateixa institució jurídica unes vegades el Dret propi de la comunitat, com ho és l'art. 123, paràgraf segon, esmentat, i altres; el Dret comú, com ara s'intenta.

El preàmbul de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Parlament de Catalunya, que promulga el Codi de successions per causa de mort al Dret civil de Catalunya, deixa clar al seu capítol I la finalitat de la Llei i, en referir-se concretament a l'antiga regulació successòria continguda a la Compilació de Dret Civil de Catalunya diu: "És tractava, per tant, d'una regulació extensa, però incompleta i parcial, que propiciava l'aplicació supletòria del Codi civil en un gran nombre d'institucions. L'aplicació del Codi civil per part dels tribunals i juristes ha provocat, al llarg dels trenta anys de vigència de la Compilació, una certa desnaturalització del dret català, entès sovint pels tribunals com una regulació apendicular dependent del mal anomenat "dret comú". D'aquí que, a continuació, expressi, referint-se al Codi: "Aquesta Llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català. S'hi regulen, de manera sistemàtica i ordenada, totes les institucions successòries vigents a Catalunya, per la qual cosa, per aplicació de l'article primer de la Compilació, s'exclou l'aplicació directa o supletòria del Codi civil a Catalunya". No sembla que calguin majors raonaments. El Codi de successions ha regulat de forma íntegra i completa la matèria successòria vigent a Catalunya, excloent-ne absolutament i expressament l'aplicació directa o supletòria del Codi civil. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> El motiu tercer d'impugnació es basa igualment a l'apartat 4t de l'art. 1692 de la LEC., per infracció de l'art. 328, en relació amb l'art. 352, paràgraf segon, del Codi de successions. El motiu, segons diu la part, està íntimament connectat amb el següent que, basat així mateix en el numeral 4t de l'art. 1692 de la LEC., al·ludeix a la infracció de l'art. 110 del Codi de successions i la jurisprudència que l'interpreta, en el sentit de considerar la verdadera voluntat del causant. Efectivament, ambdós motius es troben entrelaçats i en convé l'anàlisi conjunta.

En el primer d'aquests dos motius, el recurrent estudia la finalitat de la successió per dret de representació i conclou que si s'imputa a la llegítima dels néts actors el que s'ha rebut en donació, a parts iguals amb els altres néts, es produiria un greuge comparatiu respecte d'aquells, en rebre menor quantitat per llegítima que l'altre legítimari, i aquest no és l'esperit de la successió *iure representationis*. Entén, doncs, la part recurrent que no s'ha interpretat correctament la voluntat del causant que va ser la d'atribuir a tots els seus néts, en condicions d'igualtat absoluta, la totalitat dels seus diners efectius, amb independència del que pogués correspondre als seus pares per llegítima, ja que en un altre cas resultaria suprimida la llegítima del fill premort en benefici de l'hereu. L'argumentació és impecable, a poc que s'estudii amb deteniment la voluntat expressada del testador. En primer lloc, s'ha de precisar que el testador coneixia perfectament la premerència del seu fill Juan i així ho va fer constar al testament (declaració IV i clàusula primera). En segon lloc, el testador manifesta la seva voluntat de compliment de qualsevol memòria que pogués deixar escrita "com si formés part integrant d'aquest testament" (clàusula quarta). En tercer terme, redacta la memòria testamentària el mateix dia que el seu testament, concloent i integrant aquella voluntat. En quart lloc, deixa clar en la memòria que la seva voluntat és la d'igualar tots els seus néts, repartint-los tot els diners i efectiu que tingués en bancs i caixes.

De l'anterior es conclou clarament que la voluntat del Sr. Juan Regàs va ser atribuir la llegítima en un pla de perfecta igualtat als seus fills i fills dels fills per dret de representació i llegar a tots els seus néts, també en un pla de perfecta igualtat, els diners i metàl·lic que tingués a la seva mort. Es tracta, doncs, en aquest últim cas, d'un llegat dinerari, tal com afirma la sentència d'instància.

Segons el paràgraf primer de l'art. 358 del Codi de successions, el llegat a favor de qui resulti ser legítimari s'imputarà a la llegítima "mentre el causant no disposi altra cosa"... i s'ha d'entendre que el causant, en el cas de les actuacions, va expressar clarament el contrari, igualant, d'un costat, els fills (i fills de fills) i, d'un altre, els seus néts. Entendre el contrari derivaria, com fa veure el recurrent, en un desequilibri entre successors no volgut pel testador, ni revelat després d'una interpretació rigorosa de l'expressada voluntat *mortis causa*. Per la resta, d'aquesta forma es compleix estrictament la legalitat per com la successió testada es regeix per la voluntat del causant, de conformitat amb l'art. 101 del Codi de successions i aquesta es dedueix clarament de les paraules emprades, que són precises i unívokes (art. 110 del mateix Codi). És cert, com sosté la part apel·lada, que el causant en cap de les seves disposicions va establir expressament que els diners donats als fills del seu fill premort no havien de ser imputats a la llegítima, tal com preceptua el precepte català esmentat, però més cert és que aquest precepte no requereix una forma determinada de manifestació de voluntat, només diu que seran imputats els llegats si el causant no disposa una altra cosa, que és tant com dir: si el causant no disposa una altra cosa incompatible amb la previsió legal. I -com ha de repetir-se- el testador si va expressar una voluntat tàcitament contrària: la voluntat igualadora de totes les transmissions, al·ludint clarament a aquesta igualtat i sense que, expressament ni tàcitament, es dedueixi de les seves disposicions una voluntat de desequilibris o avantatges particulars.

També és cert que la interpretació de les clàusules testamentàries és missió dels tribunals d'instància i així ho ha dit el nostre Tribunal Suprem. Últimament, en Sentència de 14 de maig de 1996, on afirma que és "doctrina d'aquesta Sala que la interpretació dels testaments és funció exclusiva dels tribunals de la instància, les conclusions hermenèutiques del quals han de ser mantingudes en cassació"..., però s'ha de fer notar que a continuació afegeix "...llevat que puguin ser qualificades d'il·lògiques o contràries a la voluntat del testador o a la llei". La interpretació donada en aquest cas per la sala d'instància no és il·lògica ni és contrària a la Llei, però, com s'ha exposat, és contrària a la voluntat del testador, deduïda racionalment del tenor de totes les seves expressions.

El motiu cassacional ha de ser, en conseqüència, estimat i cassada la sentència d'instància en el sentit de no ser imputable a la llegítima dels recurrents els llegats dineraris rebuts per ells.

Cinquè. El cinquè i últim dels motius de recurs es basa, com els altres, en l'apartat 4t de l'art. 1692 de la LEC, aquesta vegada per infracció de l'art. 365 del Codi de successions en relació amb la jurisprudència que l'interpreta.

Aquest article del Codi distingeix entre la llegítima i el suplement de la llegítima als mèrits de la seva reclamació, i disposa que aquella merita l'interès legal des de la mort del causant, i que aquell el mateix interès des de la reclamació judicial. Al·lega el recurrent que el seu dia va entaular acció reclamatòria de llegítima, però que la sentència d'apel·lació concedeix els interessos des de la reclamació, i considera que s'havia rebut una quantitat dinerària en concepte de llegat imputable a la llegítima, per tant, l'acció correcta era la de complement i no la de reclamació de llegítima.

Amb el que s'ha dit anteriorment queda clar que el llegat no és imputable a la llegítima rebuda i que l'acció entaulada era vertadera i purament una acció de reclamació de llegítima, ja que en tal concepte els recurrents no han rebut res que se sàpiga. Els interessos, en conseqüència, es deuen des de la mort del causant i, en aquest sentit, ha d'estimar-se el motiu cassacional.

En consideració de tot el que s'ha exposat

PART DISPOSITIVA

La Sala Civil de Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que estimem el recurs de cassació entaulat per la procuradora Sra. María José Blanchar García, en nom dels germans M. Teresa, Glòria, Jordi i Joan Regàs Soler, contra la sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona en el recurs d'apel·lació núm. 1178/95, procedent del judici de menor quantia núm. 284/93 del Jutjat de Primera Instància núm. 4 d'Arenys de Mar; revoquem la sentència esmentada en el sentit de declarar que els llegats dineraris rebuts pels recurrents no són imputables a la llegítima i en el sentit que hauran d'abonar-se els interessos d'aquesta a comptar des de la mort del causant; tot això sense imposició de les costes causades en aquest recurs.

Torneu les actuacions judicials i el rotlle d'apel·lació a l'Audiència amb certificació d'aquesta resolució. Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge.

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">José, Teresa, Juan, Gloria y Jorge Regàs Soler / Francisco Regàs Puig</head>
 <head type=sub rend="bo">A) *Texto original* </head>

<head type=sub rend="bo">**Memoria testamentaria: nulidad.- Testamento: interpretación.- Diferencias entre la legítima y el suplemento de legítima.- Intereses de la legítima.- Imputaciones a la legítima.- Imputación de liberalidades hechas a los nietos.- Actos propios.- Recurso de casación: cuestiones nuevas en el recurso.** </head>

VISTO por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arenys de Mar, ejercitando una acción de reclamación de legítima y entrega de legado; cuyo recurso fue interpuesto por Dª MARÍA TERESA, Dª GLORIA, D. JORDI y D. JOAN REGÀS SOLER, representados por el Procurador Dª María José Blanchar Garcia y asistido en el acto de vista por el Letrado D Jacint Amat Bigordá, siendo parte recurrida D. FRANCISCO REGÀS PUIG, representado por el Procurador D. Joan Dalmau Piza y asisto en el acto de la vista por el Letrado D Fina Regàs Pons.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>La representación de D. Josep, Dª María Teresa, D. Joan, D. Gloria y D. Jorge Regàs Soler, formuló ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Arenys de Mar, demanda de juicio de menor cuantía ejercitando demanda sobre reclamación de legítima y entrega de legado contra D. Francisco Regàs Puig, en la que tras invocar los fundamentos legales que estimó aplicables, terminó por solicitar que, previos los trámites legales oportunos, se dictara Sentencia de conformidad con el súplico de la demanda. Admitida la demanda, se emplazó a la parte demandada, compareciendo en tiempo y forma, contestando a la demanda en la que tras alegar los fundamentos legales que estimó oportunos, suplicó que se desestimara la demanda, con expresa imposición de costas a la actora. Seguido el juicio por sus trámites legales, con fecha 23-5-95, se dictó sentencia con el siguiente fallo: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta par la representación de Josep Regàs Puig, Mª Teresa Regàs Soler, Joan Regàs Soler, Gloria Regàs Soler y Jorge Regàs Soler contra Francisco Regàs Puig, debo condenar y condeno al demandado a hacer entrega a los actores, mediante el otorgamiento de escritura pública, del legado consistente en los pisos propiedad del difunto Juan Regàs Ferrer del edificio de la calle D'en Riera número 5 de Arenys de Mar, en la proporción contenida en testamento de fecha 20 de octubre de 1992.

A cada legitimario (incluido el actor) le corresponde la tercera parte de la cantidad resultante de dividir entre cuatro la suma de 209.401.075.- Ptas. quedando pendientes de verificar el valor nominal de los títulos obrantes en la Caixa a nombre del causante en fecha 15 de noviembre de 1992, cuya cuantía debe sumarse a la cantidad antedicha.

Se deducirán de dicho monto, en su caso, las mejoras realizadas en las fincas donadas que, peritadas en ejecución de sentencia, hayan corrido a cargo del demandado.

Se imputa en concepto de legítima respecto de Josep Regàs Puig la suma de 9.540.000.- Ptas. por el legado previsto en el testamento, imputándose la otra mitad a la legítima de Joan Regàs Puig cuyos herederos, además, imputarán la suma de 1.700.000.- Ptas. percibida por cada uno de ellos.

El resto hasta llegar a las dos terceras partes de la cuarta parte de la suma antedicha, de 209.401.075.- ptas, deberá ser entregada por el demandado a los actores Josep Regàs Puig por derecho propio, y al resto de actores por derecho de representación.

Respecto a los intereses, y por lo que hace al legado imputable a la legítima, corresponde a los legitimarios el cobro de los frutos y rentas que de la finca se hayan derivado desde la muerte del causante y que no se demuestre en ejecución de sentencia que vienen siendo percibidos con regularidad por los actores.

El resto de cantidades a entregar devengarán el interés legal desde 14 de septiembre de 1993, fecha de la reclamación judicial.

Que cada parte abone las costas causadas a su instancia, y las comunes, por mitad." </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Contra la indicada sentencia ambas partes interpusieron recurso de apelación, y sustanciándose la alzada, ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó sentencia con fecha 2-11-96, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que estimando en parte los recursos de apelación presentados por la Procuradora Sra. María José Blanchar en nombre y representación de la parte actora y de D. Joan E. Dalmau en representación de la parte demandada, ambos contra parte de la sentencia dictada en autos de menor cuantía núm. 284/93 (Rollo 1178/95) por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arenys de Mar debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia y en consecuencia debemos condenar y condenamos al demandado, heredero gravado, a soportar los gastos de la entrega de legado y legítimas que aquí se establecen; debemos declarar y declaramos que a cada legitimario corresponde la tercera parte de la cuarta parte del total de la masa hereditaria cifrada en 203.852.525 ptas., de donde practicadas las imputaciones correspondientes a los respectivos legados, debemos condenar y condenamos a la parte demandada, heredero gravado, a abonar a D. José Regàs Puig la suma de 7.447.210 pts. en concepto de legítima, más intereses legales desde la fecha de la muerte del causante incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo pago; y asimismo a abonar a Dª María Teresa, Dª Gloria, D. Jorge y D. Juan Regàs Soler la suma de 286.802,50 pts. para cada uno de ellos, más los intereses legales desde la demanda iniciadora de esta litis, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo abono; se confirma en lo demás por consentida o por desestimación parcial de los respectivos recursos, la sentencia impugnada en sus restantes pronunciamientos, todo ello sin imposición de costas de la alzada por imperativo legal." </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>La Procuradora Dª MARIA JOSÉ BLANCHAR GARCIA, actuando en nombre y representación de Dª MARIA TERESA, GLÒRIA, JORDI I JOAN REGÀS SOLER, formalizó recurso de casación por infracción de normas de Derecho Civil común y Derecho Civil de Cataluña, que basaba en los motivos siguientes:

1.- Al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 123, párrafo segundo del Código de Sucesiones

2.- Al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 672 del Código Civil, en relación con los artículos 689 al 693 del mismo Código, y jurisprudencia interpretativa.

3.- Al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 328, en relación con el artículo 352, párrafo segundo, del Código de Sucesiones.

4.- Al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 110 del C.S. en relación con jurisprudencia interpretativa.

5.- Al amparo del apartado 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 365 C.S., en relación con jurisprudencia interpretativa. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>Por providencia de fecha 17 de febrero pasado se tuvo por interpuesto recurso de casación y se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal en base al art. 1709 de la L.E.C., el cual evacuó el traslado conferido mediante escrito de fecha 10 de marzo pasado en el que considera procedente la admisión a trámite del presente recurso. Por providencia de fecha 24 del mismo mes, se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el Procuradora Sra. Blanchar y se concedió el plazo de 20 días para su impugnación. Por providencia de fecha 28 de abril pasado, se tuvo por evacuado el trámite de impugnación, y se acordó la celebración de vista para el día 15 de mayo pasado a las diez horas de su mañana, la cual tuvo lugar con la asistencia de los letrados y procuradores de ambas partes, solicitante la recurrente, que se casara la sentencia recurrida y se concediera la cuantía que por legítima les correspondiera con los intereses oportunos desde la fecha de la muerte del causante y la recurrida solicitó que se desestimara el recurso en todos sus motivos, se calculasen los intereses desde la fecha de la interposición de la demanda y se condenara a la recurrente a las costas causadas. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente, D. GUILLERMO VIDAL I ANDREU. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Antes de examinar el contenido fundamental del presente recurso de casación, resulta preciso aludir a los hechos determinantes del litigio, que pueden reconducirse a los puntos siguientes. D. Juan Regàs Ferrer falleció en Arenys de Mar el día 15 de noviembre de 1992. El fallecido había tenido tres hijos: Francisco, Juan y Josep. Dicho hijo Juan premurió a su padre, dejando, a su vez, cuatro hijos: Mª Teresa, Joan, Gloria y Jorge Regàs Soler. El causante otorgó testamento abierto el día 20 de octubre de 1992, ante el Notario de Arenys D. Guzmán Clavell i Jordá, instituyendo heredero universal a su hijo D. Francisco Regàs Puig y legando los pisos que le pertenecían del edificio situado en la calle D'en Riera núm. 5 de Arenys a su hijo D. Josep Regàs Puig y a sus nietos citados Mª Teresa, Joan, Gloria y Jorge, en la proporción de una mitad indivisa para su hijo y la otra mitad indivisa para sus nietos, por partes iguales entre ellos. El mismo día otorgó Memoria testamentaria del siguiente tenor: " *Que en el día de hoy y ante el Notario de esta residencia Don Guzmán Clavell Jordá, he otorgado mi testamento, en el cual dispongo de diversos legados e instituyo heredero universal a mi hijo Francisco Regàs Puig, y sin que lo que paso a consignar revoque el citado testamento, que deberá considerarse como ampliación de lo dispuesto en el mismo, ordeno que el heredero mi hijo Francisco, deberá de entregar a todos mis nietos el dinero o metálico que exista en cualesquiera Cajas o Bancos, a partes iguales entre ellos.* ". De conformidad con lo dispuesto en dicha Memoria testamentaria, D. Francisco Regàs Puig hizo entrega a los nietos de D. Juan Regàs de la cantidad de diecisiete millones de pesetas, a razón de un millón setecientas mil pesetas para cada uno de los diez nietos.

Este es el núcleo de discusión sobre el que se centra el presente recurso de casación. D. Josep Regàs Puig y sus sobrinos D^a M^a Teresa, D. Joan, D^a. Gloria y D. Jorge Regàs Soler entablaron en su día, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arenys de Mar, demanda de juicio de menor cuantía relativo a entrega de legado y reclamación de legítima, solicitando la condena del heredero a la entrega de nueve millones seiscientos cuarenta mil ciento cuarenta y cinco pesetas al indicado D. Josep Regàs en concepto de legítima y otra cantidad igual a los cuatro nietos del causante también en concepto de legítima por derecho de representación del hijo premuerto (D. Juan Regàs), así como a la entrega del legado en escritura pública, todo ello con los correspondientes intereses a contar desde el día 15 de noviembre de 1992, fecha de la muerte de D. Juan Regàs Ferrer.

La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda fijando el total caudal relicto en doscientos nueve millones cuatrocientas una mil setenta y cinco pesetas, ordenó la entrega de legítimas y legado e imputó a la legítima de los nietos la cantidad de un millón setecientos mil pesetas recibida por la Memoria testamentaria, fijando la fecha inicial de los intereses al día de la reclamación judicial. La sentencia de segunda instancia, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, y hoy recurrida, contiene el siguiente Fallo: “*Que estimando en parte los recursos de apelación presentados..., debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia y en consecuencia debemos condenar y condenamos al demandado, heredero gravado, a soportar los gastos de la entrega de legado y legítimas que aquí se establecen; debemos declarar y declaramos que a cada legitimario corresponde la tercera parte de la cuarta parte del total de la masa hereditaria cifrada en 203.852.525 ptas., de donde practicadas las imputaciones correspondientes a los respectivos legados, debemos condenar y condenamos a la parte demandada, heredero gravado, a abonar a D. José Regàs Puig la suma de 7.447.210 ptas. en concepto de legítima, más intereses legales desde la muerte del causante incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo pago; y asimismo a abonar a D^a. María Teresa, D^a Gloria, D. Jorge y D. Juan Regàs Soler la suma de 286.802, 50 ptas. para cada uno de ellos, más los intereses legales desde la demanda iniciadora de esta litis, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su completo abono...*”. En Auto de aclaración posterior, de fecha 22 de octubre de 1966, la misma Sección corrigió la cifra de la masa hereditaria fijándola en 192.832.325 ptas., con los que las sumas a percibir se determinaban en, respecto a lo que a este recurso interesa, 57.215 ptas., para cada nieto.

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>El primer motivo de recurso se basa en el apartado 4º del art. 1692 de la LEC, por infracción del art. 123, párrafo segundo, del Codi de Successions y jurisprudencia interpretadora del mismo. Entiende la parte recurrente que la Memoria testamentaria otorgada por D. Juan Regàs Ferrer es nula de pleno derecho al exceder de los límites cuantitativos fijados en el precepto mentado, pues si el total caudal relicto se cifra en 192.832.325 pts, las 17.000.000 pts., a que asciende el montante de lo entregado, es cantidad superior a 9.641.616 pts., que constituye la vigésima parte de aquel “*relictum*”. Dicha nulidad de la Memoria deviene, además, según el recurrente, de la doctrina de esta propia Sala reflejada en sentencia de 16 de enero de 1995. El cumplimiento de la disposición sucesoria sólo ha de interpretarse, siempre según el recurrente, en el deseo de respetar la voluntad del testador, entendiéndose que se trata de una donación pura, unilateral e incondicionada.

El motivo casacional es improsperable. Como es sabido, no pueden tener acceso a la casación las *cuestiones nuevas*, entendiéndose por tales aquellas que no han sido objeto de controversia y discusión entre las partes en las distintas instancias procesales. Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado (en sentencias de 11 de abril, 4 de junio, 22 de julio y 20 de septiembre de 1994) que las cuestiones nuevas alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes y producen indefensión a la otra parte. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias más recientes de 1 y 31 de octubre de 1996. La nulidad planteada por la parte recurrente aparece por primera vez y sorpresivamente en este recurso. Nunca hasta ahora los actores, apelantes y hoy recurrentes habían cuestionado la validez de la Memoria. Es más, habían aceptado el metálico “renunciando a cualquier reclamación por este concepto”, de suerte que incluso la actual e intempestiva petición vulnera el principio general de buena fe según el cual *venire contra factum proprium non valet*. Lo único que se ha discutido a lo largo del proceso es la esencia y naturaleza de la disposición sucesoria, inclinándose tibiamente el Juez de Primera Instancia a considerar que se trata de una donación “*mortis causa*”, con lo que, de conformidad con el art. 358 del Código Sucesorio, es imputable a la legítima y afirmando la Sección de Apelación que se trata de un legado dinerario a favor de los legitimarios por derecho de representación, con cita del art. 352.2 del Código de Sucesiones, con lo que -dice- es claramente imputable a la legítima “*ure representationis*”. Y este es el verdadero tema nuclear, no la validez de la Memoria, siempre aceptada y nunca discutida hasta llegar a esta Sala; Sala que, por lo demás, es cierto que en una sentencia -la citada por la parte recurrente- declaró la nulidad de una Memoria testamentaria pero siendo éste precisamente el objeto del debate.

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El segundo motivo de casación se fundamenta en el mismo apartado 4º del art. 1692 de la LEC., por infracción del art. 672 del Código Civil, en relación con los arts. 689 a 693 del mismo Código sustantivo y jurisprudencia interpretativa, respecto a la obligación de protocolizar las Memorias testamentarias para que obtengan validez y eficacia.

Sostiene el recurrente que la Memoria de autos no cubre estos requisitos de validez y eficacia, pues según el art. 672 del CC son nulas las Memorias Testamentarias que no reúnan los requisitos previstos para el testamento ológrafo, entre los cuales se encuentra el de su protocolización.

Tampoco este motivo puede prosperar. Basarse en el Derecho común que desconoce las Memorias Testamentarias en sí mismas, cuando en el Derecho propio de Cataluña la Memoria Testamentaria tiene su historia y su regulación, en lo que atañe al concepto, naturaleza y revocación (arts. 123 y 133 del Codi de Successions) es postura absolutamente rechazable, como lo es también aplicar caprichosamente a un misma institución jurídica unas veces el Derecho propio de la Comunidad, como lo es el art. 123, párrafo segundo, citado, y, otras, el Derecho común, como ahora se intenta.

El Preàmbul de la Llei 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya, que promulga el Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya, deja clara en su Capítulo I la finalidad de la Llei y refiriéndose concretamente a la antigua regulación sucesoria contenida en la Compilació de Dret Civil de Catalunya dice: “*Es tractava, per tant, d’una regulació extensa, però incompleta y parcial, que propiciava l’aplicació supletòria del Codi civil en un gran nombre d’institucions. L’aplicació del Codi civil per part dels Tribunals i juristes ha provocat, al llarg dels trenta anys de vigència de la Compilació, una certa desnaturalització del dret català, entès sovint pels Tribunals com una regulació apendicular dependent del mal anomenat “dret comú”*”. De ahí que, a continuación, exprese refiriéndose al Codi: “*Aquesta Llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català. S’hi regulen, de manera sistemàtica i ordenada, totes les institucions successòries vigents a Catalunya, per la qual cosa, per aplicació de l’article primer de la Compilació, s’exclou l’aplicació directe o supletòria del Codi civil a Catalunya*”. No parece que sean precisos mayores razonamientos. El Codi de Successions ha regulado de forma íntegra y completa la materia sucesoria vigente Cataluña, excluyendo absoluta y expresamente la aplicación directa o supletoria del Código civil. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>El motivo tercero de impugnación viene basado igualmente en el apartado 4º del art. 1692 de la LEC., por infracción del art. 328, en relación con el art. 352, párrafo segundo, del Codi de Successions. El motivo, según dice la parte, está íntimamente conectado con el siguiente que, basado asimismo en el numeral 4º del art. 1692 de la LEC., alude a la infracción del art. 110 del Codi de Successions y su jurisprudencia interpretadora, en orden a considerar la verdadera voluntad del causante. Efectivamente, ambos motivos se hallan entrelazados y conviene su análisis conjunto.

En el primero de esos dos motivos estudia el recurrente la finalidad de la sucesión por derecho de representación y concluye que si se imputa a la legítima de los nietos actores lo recibido en donación, a partes iguales con los demás nietos, se produciría un agravio comparativo respecto de aquéllos, al recibir menor cantidad por legítima que el otro legitimario, no siendo éste el espíritu de la sucesión *iure representationis*. Entiende, pues, la parte recurrente que no se ha interpretado correctamente la voluntad del causante que fué la de atribuir a todos sus nietos, en condiciones de absoluta igualdad, la totalidad de su dinero efectivo, con independencia de lo que pudiera corresponder a sus padres por legítima, ya que en otro caso resultaría suprimida la legítima del hijo premuerto en beneficio del heredero. La argumentación es impecable, a poco que se estudie con detenimiento la voluntad expresada del testador. En primer lugar, merece precisarse que el testador conocía perfectamente la prelación de su hijo Juan y así lo hizo constar en el testamento (Declaración IV y Cláusula Primera). En segundo lugar, el testador manifiesta su voluntad en orden al cumplimiento de cualquier Memoria que pudiera dejar escrita “como si formase parte integrante de este testamento” (Cláusula Cuarta). En tercer término, redacta la Memoria Testamentaria el mismo día que su testamento, concluyendo e integrando aquella voluntad. En cuarto lugar, deja claro en la Memoria que su voluntad es la de *igualar* a todos sus nietos, repartiéndoles todo el dinero y efectivo que tuviere en Bancos y Cajas.

De lo anterior se concluye meridianamente que la voluntad de D. Juan Regàs fue atribuir la legítima en plan de perfecta igualdad a sus hijos e hijos de hijos por derecho de representación y legar a todos sus nietos, también en plan de perfecta igualdad, el dinero y metálico que tuviere a su fallecimiento. Se trata, pues, en este último caso, de un legado dinerario, tal cual afirma la Sentencia de instancia.

Según el párrafo primero del art. 358 del Codi de Successions el legado a favor de quien resulte ser legitimario se imputará a la legítima “*mentre el causant no disposi altre cosa*” y hay que entender que el causante, en el caso de autos, expresó claramente lo contrario, igualando, de un lado, a los hijos (e hijos de hijos) y, de otro, a sus nietos. Entender lo contrario derivaría, como hace ver el recurrente, en un desequilibrio entre sucesores no querido por el testador, ni revelado tras una interpretación rigurosa de la expresada voluntad *mortis causa*. Por lo demás, de esta forma se cumple estrictamente la legalidad en cuanto que la sucesión testada se rige por la voluntad del causante, de conformidad con el art. 101 del Codi de Successions y ésta se deduce claramente de las palabras empleadas, que son precisas e unívocas (art. 110 del propio Codi). Es cierto, como sostiene la parte recurrida, que el causante en ninguna de sus disposiciones estableció expresamente que el dinero donado a los hijos de su hijo premuerto no debían ser imputados a la legítima, tal como preceptúa el precepto catalán meritado, pero más cierto es que dicho precepto no requiere una forma determinada de manifestación de voluntad, sólo dice que serán imputados los legados si el causante no dispone otra cosa, que es tanto como decir: si el causante no dispone otra cosa incompatible con la previsión legal. Y -como ha de repetirse- el testador sí expresó una voluntad tácitamente contraria: la voluntad igualatoria de todas las transmisiones, aludiendo claramente a esta igualdad y sin que, expresa ni tácitamente, se deduzca de sus disposiciones una voluntad de desequilibrios o ventajas particulares.

También es cierto que la interpretación de las cláusulas testamentarias es misión de los Tribunales de instancia y así lo ha dicho nuestro Tribunal Supremo. Últimamente, en sentencia de 14 de mayo de 1996, donde afirma que es “doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los testamentos es función exclusiva de los Tribunales de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación..”, pero nótese que a continuación añade “...salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley”. La interpretación dada en este caso por la Sala de instancia no es ilógica ni es contraria a la Ley, pero, como se ha expuesto, es contraria a la voluntad del testador deducida racionalmente del tenor de todas sus expresiones.

El motivo casacional ha de ser, en consecuencia, estimado y casada la sentencia de instancia en el sentido de no ser imputable a la legítima de los recurrentes los legados dinerarios recibidos por los mismos. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>El quinto y último de los motivos de recurso se apoya, como los demás, en el apartado 4º del art. 1692 de la LEC., esta vez por infracción del art. 365 del Codi de Successions en relación con la jurisprudencia interpretadora del mismo.

Este artículo del Codi distingue entre la legítima y el suplemento de la legítima a los méritos de su reclamación, disponiendo que aquélla devenga el interés legal desde la muerte del causante y aquél el mismo interés desde la reclamación judicial. Alega el recurrente que en su día entabló acción reclamatoria de legítima, pero que la sentencia de apelación concede los intereses desde la reclamación considerando que se había recibido una cantidad dineraria en concepto de legado imputable a la legítima, luego la acción correcta era la de complemento y no la de reclamación de legítima.

Con lo dicho anteriormente queda claro que el legado no es imputable a la legítima recibida y que la acción entablada era verdadera y puramente una acción de reclamación de legítima, ya que en tal concepto nada han recibido conocidamente los recurrentes. Los intereses, en consecuencia, se deben desde la muerte del causante y, en tal sentido, ha de estimarse el motivo casacional. </s></p></div3>

<div3><p><s>En atención a todo lo expuesto</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLO</head>

Que estimamos el recurso de casación entablado por la Procuradora doña María José Blanchar García, en nombre de los hermanos D^a. M^a Teresa, D^a. Gloria, D. Jordi y D. Joan Regàs Soler, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en Recurso de Apelación núm. 1178/95 procedente del juicio de menor cuantía núm. 284/93 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arenys de Mar; revocamos la citada sentencia en el sentido de declarar que los legados dinerarios recibidos por los recurrentes no son imputables a su legítima y en el sentido de que deberán abonarse los intereses de ésta a contar desde la muerte del causante; todo ello sin imposición de las costas causadas en este recurso.

Devuélvanse los autos y el Rollo de Apelación a la Audiencia con certificación de la presente.

Así por ésta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 19 DE JUNY DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Caterina Servera i Suquet / Joan i Nativitat Herrera i Jurado*</head>
 <head type=sub rend="bo">A) *Text original* </head>

<head type=sub rend="bo">**Rescissió per lesió: determinació del preu lesiu.- compravenda d'una finca a preu alçat.- Actes propis.- Indefensió.- Cosa jutjada material.- Prova pericial.- Diligències per a proveir millor.** </head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats esmentats damunt, HA VIST aquest recurs de cassació, que van interposar els senyors JUAN LUIS i NATIVIDAD HERRERA JURADO, representats pel procurador Sr. NARCÍS RANERA CAHÍS i defensats pel lletrat Sr. GERMAN PALOMINO RODRÍGUEZ, contra la sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona en el rotlló núm. 557/95 en el recurs d'apel·lació interposat contra la sentència que va dictar el Jutjat de Primera Instància i Instrucció de La Bisbal en les actuacions de menor quantia núm. 91/92, sobre acció rescissòria de contracte de compravenda per lesió "ultra dimidium", iniciat a instàncies de la Sra. CATALINA SERVERA SUQUET contra els recurrents esmentats.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> El Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 3 de La Bisbal va veure les actuacions del judici de menor quantia núm. 91/92, seguides en virtut de la demanda que va presentar la Sra. CATALINA SERVERA SUQUET contra els senyors JUAN LUIS i NATIVIDAD HERRERA JURADO. Un cop admesa a tràmit en dos efectes, es van citar els demandats, els quals van contestar en el termini i la forma legals. Seguit el judici pels tràmits que corresponien, el 29 de setembre de 1995 el Jutjat esmentat va dictar sentència, la part dispositiva de la qual és la següent: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Josep A. Sarís Serradell, en nombre y representación de Catalina Servera Suquet contra Juan Luis y Natividad Herrera Jurado, absuelvo a dichos demandados de los pedimentos del suplico declarado no haber lugar a lo solicitado, con imposición de las costas a la parte actora". </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> La part demandant va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta sentència; l'alçada va correspondre a la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona, la qual va dictar sentència en data 10 de febrer, la part dispositiva de la qual és la següent: "FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación de CATALINA SERVERA SUQUET, contra la Sentencia de 29-09-95, dictada por el JUZDO 1ª INSTª INSTRU. nº 3 0091/92, de los que este rollo dimana, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, dando lugar a la demanda, y a la acción rescisoria ejercitada en la misma sobre la finca mentada, librándose los mandamientos pertinentes para el Registro de la Propiedad, a la firmeza de esta sentencia para su cumplimiento, condenando a los demandados a estar y pasar por ella, e imponiéndoles asimismo las costas causadas en primera instancia; y respecto a las de esta alzada, cada parte correrá con las propias y las comunes, por mitad". </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El procurador Sr. NARCÍS RANERA CAHÍS, que actua en nom dels senyors JUAN LUIS i NATIVIDAD HERRERA JURADO, va formalitzar recurs de cassació per infracció de normes de dret civil comú i dret civil de Catalunya, que basava en els motius següents:

1. A l'empara del núm. 3 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de les normes reguladores de la sentència o de les que regeixen els actes i garanties processals, atès que s'ha produït indefensió d'aquesta part.
2. A l'empara del núm. 5 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, en no haver observat la sentència objecte de recurs la doctrina o jurisprudència sobre l'abast dels "actes propis".
3. A l'empara del núm. 5 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per no observar o no aplicar la "cosa jutjada".
4. A l'empara del núm. 5 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, en haver-se infringit o deixat d'aplicar l'art. 1.471 del Codi civil.
5. A l'empara del núm. 5 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció del paràgraf segon de l'art. 323 de la Compilació de dret civil de Catalunya. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> Mitjançant la provisió de data 21 d'abril d'enguany, es va tenir per interposat el recurs de cassació i es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal a l'efecte de l'art. 1.709 de la Llei d'enjudiciament civil, el qual, mitjançant escrit de data 29 d'abril de 1997, va sol·licitar l'admissió a tràmit del recurs de cassació. Per provisió de data 8 del proppassat mes de maig, es va admetre a tràmit el recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Narcís Ranera i Cahís i es va assenyalar la vista pel dia 29 de maig passat, a les 10.30 hores, en què va tenir lloc. El lletrat de la part recurrent va sol·licitar que s'estimessin tots els motius del recurs i que es cassés la sentència objecte de recurs amb l'íntegra ratificació de la d'instància. </s></p></div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. PONÇ FELIU I LLANSA</s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type="bo">FONAMENTS JURÍDICS</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Per a resoldre les qüestions objecte del present recurs cal fer una breu referència als antecedents següents: 1) la Sra. Lúdia Suquet Figueres, propietària de la finca ara litigiosa, atorgà poder especial a favor del Sr. Martí Vilaseca Horta per a la venda i, en general, transmissió d'aquesta, el dia 1 de març de 1989, data en la qual el mandatari esmentat atorgà escriptura pública de compravenda de la finca esmentada a favor dels Srs. Juan Luis i Natividad Herrera Jurado. El dia següent, o sigui el 2 de març, la referida poderdant atorgà nous poders amb les mateixes facultats d'alienació a favor de la seva filla Catalina Cervera Suquet, la qual va aportar la finca ressenyada a la societat "Visana, SL"; aquesta aportació va generar una inscripció registral prioritària en el temps a la corresponent a l'operació jurídica referida primerament, és a dir, a la que afectava els Srs. Herrera, els quals interposaren per aquest motiu la corresponent demanda que originà el judici declaratiu de menor quantia núm. 0407/89 del Jutjat de la Bisbal núm. 1, en el qual, en data 5 de desembre de 1991, recaigué sentència en la part dispositiva de la qual es diu que es dóna lloc a la interpel·lació judicial, i es declara així que el Sr. Juan Luis Herrera Jurado -únic accionant- "es copropietario de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Palamós, al Tomo 1224, folio 102, finca 648, duplicado, en virtud de la escritura de compraventa otorgada el 1 de marzo de 1989, y, en consecuencia, declaro la nulidad de la aportación de la referida finca, realizada por escritura de 4 de abril de 1989 a la entidad mercantil "Visana, SL", manteniéndose en la posesión al Sr. Herrera Jurado y decretándose la cancelación de la inscripción registral originada por la citada escritura de 4 de abril de 1989...". La sentència indicada va esdevenir ferma puix que, encara que va recórrer la senyora Catalina Cervera Suquet -la seva mare Lúdia Suquet Figueres ja havia mort-, desistí del recurs, i va interposar, en canvi, un nou procés, o sigui el que ara és objecte d'aquest recurs de cassació. 2) En aquest nou procediment (actuacions 91/92 del Jutjat de la Instància núm. 3 de la Bisbal), exerceix la Sra. Catalina Cervera Suquet contra els Srs. Juan Luis i Natividad Herrera Jurado l'acció rescissòria del contracte de compravenda prevista en els art. 321 i concordants de la CDCC, i addueix, en síntesi, que, havent-se pagat per la finca en qüestió un preu de 4.000.000 de pessetes i essent el seu valor real el de 28.667.520 pessetes segons el Cadastre o el que resulti de la corresponent prova pericial, en qualsevol cas es registraria una lesió en més de la meitat del preu just, el que faria viable l'acció de rescissió articulada. 3) Aital interpel·lació judicial, a la que s'oposaren els dos demandats compradors, originà en la Instància sentència en la qual, acabat de declarar-se que el preu satisfet pels compradors fou el de 6.000.000 de pessetes i que el valor en venda de la finca en el moment de l'atorgament del contracte era el d'11.748.836 pessetes, es deia que: "No acreditada de forma clara y contundente la lesión en la medida establecida no procede la rescisión por lesión "ultra dimidium" (fonaments jurídic 2n), raó per la qual s'absolgué els demandats Srs. Juan Luis i Natividad Herrera Jurado. 4) La Sra. Servera interposà contra tal sentència recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial de Girona, la qual ordenà que, amb suspensió del termini per a dictar sentència es practiqués, per a decidir millor i a l'empara de l'art. 340 i concordants de la Llei d'enjudiciament civil, prova pericial "de valoración real de la finca de autos relativa a la fecha de su transmisión, a verificar por un arquitecto técnico (aparejador), con acceso al estudio de los autos y examen de la finca" (fol. 18), i es designà en el mateix proveïment el perit que havia de practicar aital valoració. Un cop feta i produït el corresponent dictamen, (en l'acte d'emissió del qual va concórrer el lletrat de la part demandada, i va formular els aclariments que considerà oportuns), es dictà, després de les alegacions d'ambdues parts, sentència revocatòria de la d'Instància en la qual, establint-se com a preu definitiu pagat pels compradors el de 5.000.000 de pessetes i com a valor de la finca en el moment de la transmissió i segons la prova pericial esmentada el de 18.401.500 pessetes, es raonava que aquesta darrera suma "sobrepasa en mucho el doble de aquella cifra, aún tomando la mayor de las dos, por lo que procede estimar ha habido para el enajenante lesión en más de la mitad del justo precio" (fonament jurídic 3r); raó per la qual es declarà, doncs, la procedència de l'acció rescissòria exercida. 5) I es respecte a aquesta sentència de l'AP de Girona contra la qual s'interposa aquest recurs de cassació, en el motiu primer del qual es denuncia, amb la cobertura en el núm. 3 de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil el trencament de normes essencials del judici causants d'indefensió, i es raona, en síntesi, que, existint ja en el procediment d'Instància tres proves pericials, resultava innecessària la pràctica d'una altra prova del mateix tipus pel fet que, en així haver-ho acordat la sala d'apel·lació, abusà del l'art. 340 de la Llei d'enjudiciament civil, amb la consegüent indefensió de la part recurrent, atès que el dictamen fou emès no per perit resultant de diligència d'insaculació, sinó per designació de la mateixa Audiència Provincial.

I aquest primer motiu no es pot estimar pel següent:

a) Com resulta del ja exposat, la prova pericial qüestionada, es practicà amb tots els requeriments legals, i hi va intervenir per a formular aclariments el lletrat de la part que ara recorre en cassació i va realitzar també les al·legacions corresponents, sense que en cap moment deduís llavors la menor protesta, el que atrau al cas la jurisprudència segons la qual “para que pueda aceptarse la existencia de indefensión cuando se trata de infracciones relativas al cumplimiento defectuoso o al incumplimiento de actos y garantías procesales, es preciso que se hubiere pedido en el momento oportuno y en la forma adecuada la subsanación de la falta o transgresión que se hubiere producido (S.S. del T.S. del 17/1/1991 i 2/6/1993, entre d’altres). I aquest Tribunal, en el mateix ordre d’idees, va dir en sentència de 22 de desembre de 1993 i també en supòsit d’acció rescissòria per lesió que “...l’òrgan jurisdiccional que acorda la provisió, per millor jutjar, gaudeix de les facultats necessàries per designar la persona que reputa més idònia i apta per a la realització de l’informe”.

b) “Ad abundantia maior”, el motiu hauria fracassat en qualsevol cas perquè a banda que “Las providencias sobre diligencias para mejor proveer no son formalidades esenciales del juicio, a efectos del recurso de casación, puesto que su práctica es facultad exclusiva del juez...” (S. del T.S. de 21/9/1991), ja que “Técnicamente son actos de instrucción que se deben a la iniciativa judicial (art. 237 LOPJ), a fin de formar y, en su caso, reforzar su propia convicción, no susceptibles de condicionamiento alguno, al tratarse de prueba pericial, respecto a la persona que se designa para emitir la pericia” (S. del TS de 30/4/1992), aquest Tribunal en la ja esmentada sentència i en raonament del tot traslladable a aquest cas havia significat que “no es veu com l’Audiència ha pogut vulnerar l’article 340, 3r de la Llei d’enjudiciament civil, perquè si s’aplica el precepte, no es pot considerar falta d’aplicació, i si ho fa correctament, per reputar “necessària” la diligència pericial que després té en consideració la sentència, no cal parlar d’aplicació indeguda”.

Heus aquí, doncs, que no podrà reeixir aquest primer motiu de censura jurídica. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> I no altra sort espera al segon, en què amb recolzament en el núm. 5 (s’ha d’entendre, és clar, el núm. 4) de l’art. 1692 de la Llei d’enjudiciament civil es denuncia la vulneració per la sentència combatuda del principi jurídic “adversus factum suum quis venire non potest”, apogema que es diu negligit en la mesura que en la resolució esmentada s’estableix com a preu a pagar pels compradors el de 5.000.000 de pessetes. Tal admissió es diu que conforma un genuí acte propi, amb tot l’abast jurídic inherent a aquest principi; actuació pròpia que -continua argumentant la recurrent- deriva del fet que la venedora esmentada consentí una anterior sentència en la qual s’establí com a preu pagat el de 6.000.000 de pessetes. Aquesta darrera sentència correspon al ja expressat primer litigi pel qual es resolgué la referida doble alienació de la finca en qüestió, sentència, que, encara que hi va recórrer la Sra. Servera Suquet, guanyà ferma pel desistiment d’aquesta darrera davant l’Audiència Provincial de Girona. D’aquest desistiment brolla, doncs, segons la part recurrent, l’acte propi pel qual la senyora Servera admet com a preu de la finca pagat realment el de 6.000.000 de pessetes.

És una obvietat palesa que el motiu no es pot estimar perquè aquest Tribunal ja significà en la sentència de 9 de febrer de 1994 que “el conegut principi “adversus factum suum quis venire non potest” pressuposa que entre la conducta anterior de l’interessat i la posterior pretensió que vol exercir hi ha una incompatibilitat o contradicció que segons els principis de la bona fe (art. 7.1 del Codi civil) s’havia atribuït a la conducta anterior...”; contradicció del tot inexistente en el supòsit que es ventila en el qual, no només hi manca la inequívoca voluntat de la Sra. Servera de donar estat jurídic mitjançant acceptació expressa al fet del pagament de 6.000.000 de pessetes com a preu de la finca, sinó que, precisament, ha deixat constància continuada de la seva més cabdal oposició al respecte, no podent, de cap manera, assimilar-se una manifestació processal com és la del desistiment d’un recurs a la de conformació d’una voluntat negocial pertocant a un dels elements essencials de la compravenda com és el preu; sobretot si aquella renúncia a la continuació d’un procés obeïa a l’ànim de mobilitzar-ne un altre -o sigui al present litigi- en el que ha estat axial objecte litigiós el del preu de la compravenda, acció aquesta última exercida a l’empara d’allò manifestat en la sentència que es deixà ferma, quan diu que “Por todo ello hemos de concluir que el precio fue efectivamente pagado y en cuanto a que el mismo fuere o no justo, este juzgador no puede entrar en esta cuestión, por cuanto lo único que requiere nuestro Código Civil es que el precio sea cierto, pero no requiere que sea justo”, paràgraf que contenia, doncs, una pràctica invitació a iniciar aquest procés, en deixar explícitament imprejutjada tal sentència la qüestió del just preu de la venda i, per tant, de la seva eventual rescissió de concórrer lesió en la mesura legalment determinada.

En definitiva, el desistiment d’un recurs que afecta una acció determinada per exercir-ne una altra del tot diferent no pot trobar-se més lluny del paradigma d’un acte propi, doncs “la esencia vinculante del acto propio, en cuanto significativo de la expresión del consentimiento, es que se realice con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, con exigencia de que origine un nexo causal eficiente entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior y fundamentado en un comportamiento voluntario, concluyente e indubitado, de tal forma que defina, de modo inalterable, la situación del que lo realiza...” (S. del T.S. de 23/10/1991). </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Diu la mateixa part recurrent que el correlatiu motiu de recurs - formulat també erròniament a l’empara del núm. 5 de l’art. 1962 de la L..E.C., pel que s’ha d’entendre referit al núm. 4- té una “íntima relación con el motivo precedente sobre los actos propios”, la qual cosa és prou indicativa de la mateixa sort adversa que l’afecta. La connexió entre ambdós motius és, en efecte, evident, atès que es persegueix la mateixa intangibilitat del que es diu preu pagat per la finca -o sigui el de 6.000.000 de pessetes segon la part recurrent-, si bé aquesta vegada a redós d’un altre principi com és el de la cosa jutjada. Sobre ell diu la recurrent que la sentència -referida, és clar, a la ja esmentada del primer litigi- va esdevenir “cosa juzgada”, del que dedueix que “no le era lícito a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona volver a entrar a considerar (como hemos expuesto en el anterior motivo) acerca de cuál fue el precio real satisfecho por los hermanos Herrera Jurado por la compraventa de la finca de autos”.

I el motiu no es pot estimar perquè:

a) D'entrada cal recordar que "la cosa juzgada material radica en la conclusión decisoria y no en los razonamientos..." (S. del TS de 10/4 i 17/7 de 1987), el que equival a predicar l'exigència d'una visió global dels litigis de la comparació dels quals sorgiria, arribat el cas, el fonament de l'excepció. I en aquest ordre d'idees hom no pot "fragmentar" el contingut d'un procés per, escollint el que li interessa i obviant el que el perjudica, mantenir respecte a una part, però no al tot, que opera la cosa jutjada.

b) En l'operació de contrast entre els dos procediments hi manquen analogies essencials, el que, per si sol exclou la viabilitat de la cosa jutjada. Prou recorda la jurisprudència que "la eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de tres identidades: de personas, cosas y causa o razón de pedir, determinando la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente... siempre partiendo de la certeza de una resolución sobre idéntico conflicto..." (STS de 27/11/1992).

c) Per elemental lògica, no pot invocar-se la cosa jutjada respecte al que expressament ha quedat imprejutjat. I en el cas, davallant a allò més específic, cal recordar que la sentència ferma del Jutjat de 1a Instància núm. 1 de la Bisbal de 5/12/91, fa la reserva expressa que "este juzgador no puede entrar en esta cuestión (la del preu just) por cuanto lo único que requiere nuestro Código Civil es que el precio sea cierto, pero no requiere que sea justo".

Res, doncs, impedia l'exercici d'una pretensió emparada en l'article 321 i concordants de la CDCC quan abans no solament s'havia mobilitzat una distinta acció sinó que s'havia invocat un distint ordenament jurídic (el Codi civil) que, en l'aspecte que ara es dilucida, difereix essencialment de l'esmentada Compilació del dret civil de Catalunya. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> El motiu de recurs correlatiu, articulat a l'empara del núm. 5 de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil (error respecte de l'ordinal que repeteix una vegada més el recurrent però que tampoc impedeix el pronunciament corresponent de la Sala en reconduir-lo al núm. 4 de l'art. 1.692 esmentat) denuncia haver-se infringit, per inaplicació, l'art. 1.471 del Codi civil.

S'addueix, en síntesi, que la valoració del terreny objecte de litigi, efectuada en la prova pericial esmentada acordada per decidir millor, ha negligit l'art. 1.471 del Codi civil atès que va prendre's com a unitat de càlcul el pam quadrat, essent així que allò correcte hagués estat assumir com a paràmetre la vessana en tractar-se no d'un solar i sí d'un terreny rústic, i se situa la raó d'invocar l'art. 1471 del Codi civil com a infringit en què el mateix diu que en la venda d'un immoble feta a preu alçat i no per unitat de mesura o nombre, no n'escaurà l'augment o disminució, encara que resulti major o menor cabuda o nombre dels indicats en el contracte.

N'hi ha prou amb aquest sol enunciat perquè resulti obligada la desestimació del motiu del recurs, atès que el numeral que es diu vulnerat no conté cap norma valorativa de prova ni, per tant, no imposa en absolut cap "modus operandi" respecte a com s'ha de practicar una prova pericial per esbrinar el valor d'un immoble. Amb aquest motiu el que formula el recurrent és una crítica a la referida prova pericial i a l'assumpció del seu resultat per l'Audiència Provincial de Girona. I per això, cal recordar que:

a) Com assenyalava ja la sentència d'aquesta Sala de 5 d'octubre de 1993, "La prova pericial no té un tractament privilegiat en relació als altres elements probatoris, la seva valoració únicament està subjecta a les regles de la sana crítica i ha d'ésser obedient a la raó i a l'experiència pràctiques, sense que hi hagi regles o precepte legal de cap tipus que defineixin el seu exercici o determinin la seva eficàcia probatòria, l'existència de les quals serà indispensable perquè en el supòsit d'ésser infringides es pogués sostenir que s'hagi incorregut en error de dret. Sols es podria justificar el motiu de recurs si la sentència en la seva apreciació hagués incorregut en l'absurd, cosa que de cap manera no es pot considerar existent en el cas que s'analitza. És, per tant, inadmissible la infracció legal pretesa i cal admetre la valoració de la prova que hagi fet el judicador d'Instància, perquè fet excepció de la inexistència hipòtesi que hem esmentat, és irrevisable en cassació", el que s'esdevé del tot lògic si hom considera que la determinació del preu just és una qüestió de fet que correspon apreciar al Tribunal d'Instància.

b) Evoca el supòsit que s'analitza una altra sentència d'aquest Tribunal, la de 20/10/1992, en la qual es deia que "... és clar que es pot plantejar la infracció de normes concretes d'Ordenament jurídic probatori, però en el cas no se n'ha invocat cap de les relatives a la prova pericial, ni tan sols, dins del seu limitadíssim abast cassacional, l'art. 632 de la Llei d'enjudiciament civil. S'ha adduït infracció del paràgraf 2n de l'art. 323 de la Compilació i al seu voltant es centra el motiu, encara que després s'extralimiti el raonament, però tal precepte no permet una nova valoració de la prova, ni un examen complet dels elements en els quals el perit es basà per extreure la seva conclusió"; admonició la transcrita del tot extrapolable "mutatis mutandi" al present motiu.

c) En definitiva, si discrepava el recurrent de "haber aceptado la sentencia cuya casación se pretende tal forma de valorar la finca de autos por parte del aparejador designado por el magistrado ponente..." (fol. 14), podia, a tot estirar, denunciar la infracció de l'art. 630 de la Llei processal civil, dins l'escassíssim marge de censura abans esmentat, però mai invocar un precepte, l'article 1.471 del Codi civil, que res no té a veure ni per a res opera en el present plet. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** </hi> Una vegada més es formula erròniament el darrer motiu de recurs citant-se el núm. 5 en comptes del núm. 4 de l'art. 1.699 de la Llei d'enjudiciament civil, el que no impedeix tampoc l'estudi de la denúncia, centrada en la infracció del paràgraf segon de l'art. 232 de la CDCC.

Al·lega el recurrent l'error del judicador "a quo" en acceptar com a preu el resultat de la prova pericial esmentada -que, es diu, ha de qualificar-se "de laboratori"-, i fa aquell, en canvi, cas omís d'un paràmetre obligat de valoració com és el comparatiu del valor de finques anàlogues ubicades en la mateixa zona.

I sobre això, ha de significar-se el següent.

a) Tal com recorda aquesta Sala en sentència de 20/12/1990 "L'acció rescissòria per lesió enorme té el seu precedent en un Rescripte d'en Diocleciana de l'any 285, de què va passar a formar part la famosa "lex secunda" del codi Justinià, i aconsegueix un desenvolupament ple gràcies a la doctrina de Tomàs de Aquino sobre el preu just, que és una traducció cristiana de la noció de justícia commutativa tal com apareix en l'Ètica nicomaquea d'Aristòtil. Des de l'Edat Mitjana fins a l'Edat Contemporània va ser una institució present a la pràctica totalitat d'Europa, de la Mediterrània al Bàltic. Els atzars de la codificació i el predomini en cada moment dels que, per simplificar, podem anomenar "liberals" o "tradicionalistes", van determinar en cada cas la recepció o el rebuig de l'acció rescissòria per lesió. Així, la Convenció Nacional francesa la va suprimir per Decret de 14 de fructidor de l'any III i, no obstant això, els redactors del Codi civil la van restablir el 1804 amb el vot favorable de tots els tribunals que es van consultar, llevat del de Rouen. Els redactors dels nostres codis civils van oblidar la presència d'aquesta institució en el "Fuero Real" en la "Partida Quinta", en el "Ordenamiento de Alcalá" i, fins i tot, en la "Novísima Recopilación", i van prescindir-ne, no per copiar el codi francès tal com diu algun autor erròniament, sinó convençuts per les raons de Florencio García Goyena pel qual "l'autor del "Fuero Real" i de les "Partidas" es va proposar desnaturalitzar i romanitzar la legislació espanyola", i que considera l'acció rescissòria "una font perenne de plets difícils de resoldre"; i convençuts també pels arguments de Felipe Sánchez Román: "El recurs de la lesió és una heretgia perquè tracta de sostreure el preu de les coses a l'influx natural de les lleis de l'oferta i la demanda". A Catalunya, l'acció rescissòria per lesió "ultra dimidium" no apareix en la "memòria referent a les institucions de dret civil de Catalunya" que va redactar en Manuel Duran i Bas el 1883, ni figura en el "Projecte d'apèndix del Codi civil per Catalunya", que va elaborar l'Acadèmia de Dret de 1896. L'esmentada acció rescissòria reapareix, encara que de manera molt limitada, en la Memòria de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, corresponent a l'any 1899. La Compilació del 1960 la va mantenir amb les modificacions que el discurs de presentació parlamentària expressa i justifica, i ha subsistit així fins a l'actualitat".

b) Una tan antiga i polèmica institució, que en la seva oscil·lació al llarg dels segles ha creuat els esmentats moments de reconeixement i de decrepitud, incorpora en el seu sí àdhuc normes de prova del que apareix com un desideratum, o sigui, la fixació del preu just. Per això, l'article 323,2 "in fine" de la Compilació de dret civil de Catalunya preveu com a eina per assolir aquest difícil objectiu del "preu just" el que la doctrina ha vingut qualificant com l'element comparatiu o de confrontació, és a dir, contrastar el valor de la finca litigiosa amb el d'altres que presentin iguals o anàlogues circumstàncies en la respectiva localitat. Aquest acarament entre finques atorga, com ja assenyala aquest Tribunal en la sentència de 26/2/1990 "una importància singular a l'aportació de contractes de compravenda coetanis, les circumstàncies dels quals tinguin similituds amb les del contracte suposadament lesiu". En aquesta mateixa resolució s'al·ludeix a jurisprudència que assenyala com a aspecte a tenir en compte per determinar el preu just "l'element confrontatiu, que està representat per la posada en relació amb altres coses amb circumstàncies iguals o anàlogues en la localitat respectiva".

Per tant, "prima facie", continuant aquesta línia interpretativa, la Sala hagués estat prou sensible a l'afirmació del recurrent segons la qual existeix "una finca colindante en venta desde hace bastante tiempo, a precio abiertamente inferior a la mitad del valor que le ha dado a la finca de autos el perito que ha elaborado la cuarta valoración obrante en autos y que, de haber tenido un mínimo celo, la habría detectado y considerado, llegando a una conclusión valorativa de menos de la mitad de la tasación llevada a efecto por el mismo" (fol. 14).

c) Però el que diu el recurrent no ultrapassa l'estadi de simple manifestació. I és que aquest ara invocat element de confrontació, ni va ser al·legat en 1a instància, ni es proposà ni menys es practicà cap prova que fos escaient, pel que malament pot ésser ara considerat i menys en l'àmbit d'un recurs extraordinari com aquest.

d) Pel que fa a la resta, el referit aspecte de confrontació declara la jurisprudència que no s'esdevé d'obligatòria consideració ni per al demandant, ni per tant, per al jutgador, ja que constituint un factor valoratiu certament gens menyspreable no pot equiparar-se a cap supòsit de prova legal, amb força per vincular al jutge o minvar la seva capacitat de lliure apreciació del conjunt probatori per a la determinació del just preu. Així ho manifestà explícitament aquest Tribunal en la sentència de 20/10/92, reiterada per la de 21/12/92, en la qual ja assenyala que l'aspecte confrontatiu conformava en realitat un criteri orientatiu, semblant a un element interpretatiu normatiu, el que no comportava, però, la seva conversió en "exigència de concurrència inexcusable, doncs una tal posició menaria a "fer impossible l'aplicació del precepte quan no es donés tal element de confrontació".

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">Sisè. </hi> Un cop desestimat el recurs de cassació és procedent acordar la imposició de les costes a la part que recorre i la pèrdua del dipòsit, conforme a allò que estableix el darrer paràgraf de l'article 1.715 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>EN NOM DEL REI I PER L'AUTORITAT QUE ENS HA CONFERIT EL POBLE ESPANYOL,</s></p></div3>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">DECIDIM</head>

Que DESESTIMEM el recurs de cassació interposat pel procurador dels tribunal Sr. Narciso Ranera Cahís en representació processal dels Srs. Juan Luis i Natividad Herrera Jurado contra la sentència dictada per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Girona de data deu de febrer de mil nou-cents noranta-set, CONFIRMANT íntegrament la resolució esmentada, amb la imposició de les costes causades a la part que recorre i amb la declaració de la pèrdua del dipòsit constituït.

S' ha de lliurar a l'Audiència esmentada el testimoniatge d'aquesta sentència amb les actuacions originals i el rotlle d'apel·lació que van ser tramesos el seu dia a aquest Tribunal.

Aquesta és la nostra sentència que pronunciem, manem i signem. </div2>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Catalina Servera Suquet / Juan y Natividad Herrera Jurado*</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Rescisión por lesión: determinación del precio lesivo.- Compraventa de finca a precio alzado.- Actos propios.- Indefensión.- Cosa juzgada material.- Prueba pericial.- Diligencias para mejor proveer.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente recurso de casación, interpuesto por D. JUAN LUIS Y D^a. NATIVIDAD HERRERA JURADO, representados por el Procurador D. NARCISO RANERA CAHÍS y defendidos por el Letrado D. GERMÁN PALOMINO RODRÍGUEZ, contra la sentencia dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo nº 557/95 en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Bisbal en los autos de menor cuantía nº 91/92, sobre acción rescisoria de contrato de compraventa por lesión "ultra dimidium", iniciado a instancias de D^a CATALINA SERVERA SUQUET contra los expresados recurrentes.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**HECHOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** </hi> Vistos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de la Bisbal los autos del juicio de menor cuantía nº 91/92, seguidos en virtud de la demanda presentada por D^a. CATALINA SERVERA SUQUET, contra D. JUAN LUIS y D^a NATIVIDAD HERRERA JURADO. Admitida a trámite en ambos efectos, con citación de los demandados, que contestaron en tiempo y forma legales.

Seguido el juicio por sus trámites correspondientes, el 29 de septiembre de 1995 el expresado Juzgado dictó sentencia, cuya parte dispositiva es la siguiente: FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Josep A. Sarís Serradell, en nombre y representación de Catalina Servera Suquet contra Juan Luis y Natividad Herrera Jurado, absuelvo a dichos demandados de los pedimentos del suplico declarado no haber lugar a lo solicitado, con imposición de las costas a la parte actora". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** </hi> La parte demandante interpuso recurso de apelación contra esta sentencia; la alzada correspondió a la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Girona, que dictó sentencia con fecha 10 de febrero, cuya parte dispositiva es la siguiente: "FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación de CATALINA SERVERA SUQUET, contra la Sentencia de 29.9.95, dicta por el JUZGADO 1^a INST. E INSTRU. nº 3 0091/92, de los que este rollo dimana, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, dando lugar a la demanda, y a la acción rescisoria ejercitada en la misma sobre la finca mentada, librándose los mandamientos pertinentes para el Registro de la Propiedad, a la firmeza de esta sentencia para su cumplimiento, condenando a los demandados a estar y pasar por ella, e imponiéndoles asimismo las costas causadas en primera instancia; y respecto a las de esta alzada, cada parte correrá con las propias y las comunes, por mitad" </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** </hi> El Procurador D. NARCÍS RANERA CAHÍS, actuando en nombre de D. JUAN LUIS y D^a NATIVIDAD HERRERA JURADO, formalizó recurso de casación por infracción de normas de derecho civil común y derecho civil de Cataluña, que basaba en los motivos siguientes:

1. Al amparo del nº 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas reguladores de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, puesto que se ha producido indefensión de esta parte.
2. Al amparo del nº 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber observado la sentencia objeto de recurso la doctrina o jurisprudencia sobre el alcance de los "actos propios".
3. Al amparo del nº 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no observar o no aplicar la "cosa juzgada".
4. Al amparo del nº 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse infringido o dejado de aplicar el art. 1.471 del Código Civil.
5. Al amparo del nº 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del párrafo segundo del art. 323 de la Compilación de derecho civil de Cataluña. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo"></hi></s></p></div3>

Por providencia de fecha 21 de abril del corriente, se tuvo por interpuesto el recurso de casación y se pasaron los autos al Ministerio Fiscal a los efectos del art. 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, mediante escrito de fecha 29 de abril de 1997, solicitó la admisión a trámite del recurso de casación. Por providencia de fecha 8 del pasado mes de mayo, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Narcís Ranera Cahís señalándose la vista para el 29 de mayo pasado, a las 10,30 horas, en que se celebró. El Letrado de la parte recurrente solicitó se estimasen todos los motivos del recurso y que se casase la sentencia objeto del recurso con la íntegra ratificación de la de instancia. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PONÇ FELIU LLANÇÀ</s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FUNDAMENTOS JURÍDICOS</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo"></hi></s></p></div3>

Primero. Para resolver las cuestiones objeto del presente recurso hay que hacer una breve referencia a los antecedentes siguientes: 1) D^a. Lidia Suquet Figueres, propietaria de la finca ahora litigiosa, otorgó poder especial a favor de D. Martí Vilaseca Horta para la venta y, en general, transmisión de ésta, el 1 de marzo de 1989, fecha en la que el expresado mandatario otorgó escritura pública de compraventa de la expresada finca a favor de D. Juan Luis y D^a Natividad Herrera Jurado. El día siguiente, o sea el 2 de marzo, la referida poderdante otorgó nuevos poderes con las mismas facultades de enajenación a favor de su hija Catalina Cervera Suquet, que aportó la finca reseñada a la sociedad "Visana, SL"; esta aportación generó una inscripción registral prioritaria en el tiempo a la correspondiente operación jurídica referida primeramente, es decir, a la que afectaba a los Sres. Herrera, que interpusieron por este motivo la correspondiente demanda que originó el juicio declarativo de menor cuantía nº 0407/89 del Juzgado de la Bisbal nº 1, en el que, con fecha 5 de diciembre de 1991, recayó sentencia en la parte dispositiva de la que se dice que da lugar a la interpelación judicial, y se declara así que D. Juan Luis Herrera Jurado -único demandante- "es copropietario de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Palamós, obrante al Tomo 1224, folio 102, finca 648, duplicado, en virtud de la escritura de compraventa otorgada el 1 de marzo de 1989, y, en consecuencia, declaro la nulidad de la aportación de la referida finca, realizada por escritura de 4 de abril de 1989 a la entidad mercantil "Visana S.L.", manteniéndose en la posesión al Sr. Herrera Jurado y decretándose la cancelación de la inscripción registral originada por la citada escritura de 4 de abril de 1989...". La sentencia indicada devino firme puesto que, aunque recurrió D^a Catalina Cervera Suquet -su madre Lidia Suquet Figueres ya había muerto-, desistió del recurso, e interpuso, en cambio, un nuevo proceso, o sea el que ahora es objeto del presente recurso de casación.

2) En este nuevo pleito (autos 91/92 del Juzgado de instancia nº 3 de la Bisbal), ejerce D^a Catalina Cervera Suquet contra D. Juan Luis y Natividad Herrera Jurado la acción rescisoria del contrato de compraventa prevista en los art. 321 y concordantes de la CDCC, y aduce, en síntesis, que, habiéndose pagado por la finca en cuestión un precio de 4.000.000 de pesetas y siendo su valor real el de 28.667.520 pesetas según el Catastro o lo que resulte de la correspondiente prueba pericial, en cualquier caso se registraría una lesión en más de la mitad del precio justo, lo que haría viable la acción de rescisión articulada.

3) Tal interpretación judicial, a la que se opusieron los dos demandados compradores, originó en 1^a Instancia sentencia en la que, acabó por declararse que el precio satisfecho por los compradores fue el de 6.000.000 de pesetas y que el valor en venta de la finca en el momento de otorgar el contrato era de 11.748.836 pesetas, se decía que: "No acreditada de forma clara y contundente la lesión en la medida establecida no procede la rescisión por lesión "ultra dimidium" (fundamento jurídico 2º), razón por la cual se absolvió a los demandados D. Juan Luis y D^a Natividad Herrera Jurado.

4) La Sra. Cervera interpuso contra tal sentencia recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Girona, que ordenó que, con suspensión del plazo para dictar sentencia se practicase, para mejor decidir y al amparo del art. 340 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prueba pericial "de valoración real de la finca de autos relativa a la fecha de su transmisión, a verificar por un arquitecto técnico (aparejador), con acceso al estudio de los autos y examen de la finca" (fol. 18), y se designó en el mismo proveído al perito que tenía que practicar tal valoración. Realizada y elaborado el correspondiente dictamen, (a cuyo acto de emisión concurrió el letrado de la parte demandada, y formuló las aclaraciones que consideró oportunas), se dictó, después de las alegaciones de ambas partes, sentencia revocatoria de la de instancia en la que, estableciéndose como precio definitivo pagado por los compradores el de 5.000.000 de pesetas y como valor de la finca en el momento de la transmisión y según la prueba pericial expresada el de 18.401.500 pesetas, se razonaba que esta última suma "sobrepasa en mucho el doble de aquella cifra, aún tomando la mayor de las dos, por lo que procede estimar ha habido para el enajenante lesión en más de la mitad del justo precio" (fundamento jurídico 3º); razón por la cual se declara, pues, la procedencia de la acción rescisoria ejercida.

5º) Y es respecto de esta sentencia de la A.P. de Girona contra la que se interpone este recurso de casación, en cuyo motivo primero se denuncia, con la cobertura en el nº 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la ruptura de normas esenciales del juicio causantes de indefensión, y se razona, en síntesis, que, existiendo ya en el procedimiento de instancia tres pruebas periciales, resultaba innecesaria la práctica de otra prueba del mismo tipo por el hecho de que, al así haberlo acordado la sala de apelación, abusó del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la consiguiente indefensión de la parte recurrente, dado que el dictamen fue emitido no por perito resultante de diligencia de insaculación, sino por designación de la misma Audiencia Provincial.

Y este primer motivo no se puede estimar por lo siguiente:

a) Como resulta de lo ya expuesto, la prueba pericial cuestionada, se practicó con todos los requerimientos legales, e intervino para formular aclaraciones el letrado de la parte ahora recurrente en casación y realizó también las alegaciones correspondientes, sin que en ningún momento dedujese entonces la menor protesta, lo que atrae al caso la jurisprudencia según la cual “para que pueda aceptarse la existencia de indefensión cuando se trata de infracciones relativas al cumplimiento defectuoso o al incumplimiento de actos y garantías procesales, es preciso que se hubiere pedido en el momento oportuno y en la forma adecuada la subsanación de la falta o transgresión que se hubiere producido (S.S. del T.S. del 17.11.1991 y 2.6.1993, entre otras). Y este Tribunal, en el mismo orden de ideas, dijo en sentencia de 22 de diciembre de 1993 y también en supuesto de acción rescisoria por lesión que “...el órgano jurisdiccional que acuerda la providencia, para mejor juzgar, goza de las facultades necesarias para designar a la persona que reputa más idónea y apta para la realización del informe”.

b) “Ad abundantiam maior”, el motivo habría fracasado en cualquier caso porque aparte de que “Las providencias sobre diligencias para mejor proveer no son formalidades esenciales del juicio, a efectos del recurso de casación, puesto que su práctica es facultad exclusiva del juez...” (S. del T.S. de 21.9.1991), ya que “Técnicamente son actos de instrucción que se deben a la iniciativa judicial (art. 237 LOPJ), a fin de formar y, en su caso, reforzar su propia convicción, no susceptibles de condicionamiento alguno, al tratarse de prueba pericial, respecto a la persona que se designa para emitir la pericia” (S. del TS de 30.4.1992), este Tribunal en la ya expresada sentencia y en razonamiento del todo trasladable a este caso había significado que “no se ve cómo la Audiencia ha podido vulnerar el artículo 340, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque si se aplica el precepto, no se puede considerar falta de aplicación, y si lo hace correctamente, por reputar “necesaria “ la diligencia pericial que después tiene en consideración la sentencia, no hay que hablar de aplicación indebida”. Hete aquí, pues, que no podrá prosperar este primer motivo de censura jurídica. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** </hi> No otra suerte espera al segundo, en que apoyándose en el nº 5 (entiéndase, claro, el nº 4) del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la vulneración por la sentencia combatida del principio jurídico “adversus factum suum quis venire non potest”, apotegma que se dice negligido en la medida que en la resolución expresada se establece como precio a pagar por los compradores el de 5.000.000 de pesetas. Tal admisión se dice que conforma un genuino acto propio, con todo el alcance jurídico inherente a este principio; actuación propia que -continúa argumentando la recurrente- deriva del hecho que la vendedora expresada consintió una anterior sentencia en la que se establecía como precio a pagar el de 6.000.000 de pesetas. Esta última sentencia corresponde al ya expresado primer litigio por el cual se resolvió la referida doble enajenación de la finca en cuestión, sentencia, que, aunque recurrió la Sra. Servera Suquet, ganó firmeza por el desistimiento de esta última ante la Audiencia Provincial de Girona. De este desistimiento brota, pues, según la recurrente, el acto propio por lo que la Sra. Servera admite como precio de la finca pagado realmente el del 6.000.000 de pesetas.

Es una obviedad evidente que el motivo no se puede estimar porque este Tribunal ya significó en la sentencia de 9 de febrero de 1994 que “el conocido principio “adversus factum suum quis venire non potest” presupone que entre la conducta anterior del interesado y la posterior pretensión que quiere ejercer hay una incompatibilidad o contradicción que según los principios de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil) se había atribuido a la conducta anterior...”; contradicción del todo inexistente en el supuesto que se ventila en el que, no sólo falta la inequívoca voluntad de la Sra. Servera de dar estado jurídico mediante aceptación expresa al hecho del pago de 6.000.000 de pesetas como precio de la finca, sino que, precisamente, ha dejado constancia continuada de su más cabal oposición al respecto, no pudiendo, de ninguna manera, asimilarse una manifestación procesal como es la del desistimiento de un recurso a la de conformación de una voluntad negocial correspondiente a uno de los elementos esenciales de la compraventa como es el precio; sobre todo si aquella renuncia a la continuación de un proceso obedecía al ánimo de movilizar otro -o sea en el presente litigio- en que ha sido axial objeto litigioso el del precio de la compraventa, acción esta última ejercida al amparo de lo manifestado en la sentencia que se dejó firme, cuando dice que “Por todo ello hemos de concluir que el precio fue efectivamente pagado y en cuanto a que el mismo fuere o no justo, este juzgador no puede entrar en esta cuestión, por cuanto lo único que requiere nuestro Código Civil es que el precio sea cierto, pero no requiere que sea justo”, párrafo que contenía, pues, una práctica invitación a iniciar este proceso, al dejar explícitamente imprejuzgada tal sentencia la cuestión del justo precio de la venta y, por tanto, de su eventual rescisión de concurrir lesión en la medida legalmente determinada.

En definitiva, el desistimiento de un recurso que afecta a una acción determinada para ejercer otra del todo diferente no puede hallarse más lejos del paradigma de un acto propio, pues “la esencia vinculante del acto propio, en cuanto significativo de la expresión del consentimiento, es que se realice con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, con exigencia de que origine un nexo causal eficiente entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior y fundamentado en un comportamiento voluntario, concluyente e indubitado, de tal forma que defina, de modo inalterable, la situación del que lo realiza...” (S. del T.S. de 23.10.1991) </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** </hi> Dice la misma parte recurrente que el correlativo motivo de recurso -formulado también erróneamente al amparo del nº 5 del art. 1962 de la L.E.C., por lo que se tiene que entender referido el nº 4- tiene una “íntima relación con el motivo precedente sobre los actos propios”, lo cual es bastante indicativo de la misma suerte adversa que lo afecta. La conexión entre ambos motivos es, en efecto, evidente, puesto que se persigue la misma intangibilidad del que se dice precio pagado por la finca -o sea el de 6.000.000 de pesetas según la recurrente-, si bien esta vez al amparo de otro principio como es el de la cosa juzgada. Sobre él dice la recurrente que la sentencia -referida, claro, a la ya expresada del primer litigio- devino “cosa juzgada”, de lo cual deduce que “no le era lícito a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona volver a entrar a considerar (como hemos expuesto en el anterior motivo) acerca de cuál fue el precio real satisfecho por los hermanos Herrera Jurado por la compraventa de la finca de autos”.

Y el motivo no puede estimarse porque:

a) De entrada hay que recordar que “la cosa juzgada material radica en la conclusión decisoria y no en los razonamientos...” (S. del T.S. de 10/4 y 17/7 de 1987), lo que equivale a predicar la exigencia de una visión global de los litigios de cuya comparación surgiría, llegado el caso, el fundamento de la excepción. Y en este orden de ideas no se puede “fragmentar” el contenido de un proceso para, escogiendo lo que le interesa y obviando lo que le perjudica, mantener respecto de una parte, pero no del todo, que opera la cosa juzgada.

b) En la operación de contraste entre los dos procedimientos faltan analogías esenciales, lo que, por sí solo excluye la viabilidad de la cosa juzgada. Bastante recuerda la jurisprudencia que “la eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de tres identidades: de personas, cosas y causa o razón de pedir, determinando la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente... siempre partiendo de la certeza de una resolución sobre idéntico conflicto...” (STS de 27.11.1992).

c) Por lógica elemental, no puede invocarse la cosa juzgada respecto de lo que expresamente ha quedado imprejuizado. Y en el caso, descendiendo a lo más específico, hay que recordar que la sentencia firme del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de la Bisbal de 5.12.91, hace la expresa reserva de que “este juzgador no puede entrar en esta cuestión (la del precio justo) por cuanto lo único que requiere nuestro Código Civil es que el precio sea cierto, pero no requiere que sea justo”.

Nada, pues, impedía el ejercicio de una pretensión amparada en el artículo 321 y concordantes de la CDCC cuando antes no sólo se había movilizad una distinta acción sino que se había invocado un distinto ordenamiento jurídico (el Código Civil) que, en el aspecto que ahora se dilucida, difiere esencialmente de la expresada Compilación del derecho civil de Cataluña.

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** </hi> El motivo de recurso correlativo, articulado al amparo del nº 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (error respecto del ordinal que repite una vez más el recurrente pero que tampoco impide el pronunciamiento correspondiente de la Sala al reconducirlo al nº 4 del art. 1.692 citado) denuncia haberse infringido, por inaplicación, el art. 1.471 del Código Civil.

Se aduce, en síntesis, que la valoración del terreno objeto de litigio, efectuada en la prueba pericial expresada acordada para mejor proveer, ha negligido el art. 1.471 del Código Civil puesto que se tomó como unidad de cálculo el palmo cuadrado, siendo así que lo correcto hubiera sido asumir como parámetro la besana al tratarse no de un solar y sí de un terreno rústico, y se sitúa la razón de invocar el art. 1.471 del Código Civil como infringido en que el mismo dice que en la venta de un inmueble hecha a precio alzado y no por unidad de medida o número, no procederá el aumento o disminución, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los indicados en el contrato.

Ya es bastante este solo enunciado para que resulte obligada la desestimación del motivo del recurso, dado que el numeral que se dice vulnerado no contiene ninguna norma valorativa de prueba ni, por tanto, no impone en absoluto ningún “modus operandi” respecto a como tiene que practicarse una prueba pericial para averiguar el valor de un inmueble. Con este motivo lo que formula el recurrente es una crítica a la referida prueba pericial y a la asunción de su resultado por la Audiencia Provincial de Girona. Y por ello hay que recordar que:

a) Como señalaba ya la sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1993, “La prueba pericial no tiene un tratamiento privilegiado en relación con los otros elementos probatorios, su valoración sólo está sujeta a las reglas de la sana crítica y tiene que ser obediente a la razón y a la experiencia prácticas, sin que haya reglas o precepto legal de ningún tipo que definan su ejercicio o determinen su eficacia probatoria, cuya existencia será indispensable para que en el supuesto de ser infringidas se pudiese sostener que se haya incurrido en error de derecho. Sólo se podría justificar el motivo de recurso si la sentencia en su apreciación hubiese incurrido en el absurdo, cosa que de ninguna manera puede considerarse existente en el caso que se analiza. Es, por tanto, inadmisibles la infracción legal pretendida y hay que admitir la valoración de la prueba que haya hecho el juzgador de instancia, porque hecha excepción de la inexistente hipótesis que hemos mencionado, es irrevisable en casación”, lo que deviene del todo lógico si se considera que la determinación del precio justo es una cuestión de hecho que corresponde apreciar al Tribunal de Instancia.

b) Evoca el supuesto que se analiza otra sentencia de este Tribunal, la de 20.10.92, en la que se decía que “...claro que se puede plantear la infracción de normas concretas de Ordenamiento jurídico probatorio, pero en el caso no se ha invocado ninguna de las relativas a la prueba pericial, ni siquiera, dentro de su limitadísimo alcance casacional, el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se ha aducido infracción del párrafo 2º del art. 323 de la Compilación y en torno suyo se centra el motivo, aunque después se extralimite el razonamiento, pero tal precepto no permite una nueva valoración de la prueba, ni un examen completo de los elementos en los que el perito se basó para extraer su conclusión”, admonición la transcrita del todo extrapolable “mutatis mutandi” en el presente motivo.

c) En definitiva, si discrepaba el recurrente de “haber aceptado la sentencia cuya casación se pretende tal forma de valorar la finca de autos por parte del aparejador designado por el magistrado ponente...” (fol. 14), podía, incluso, denunciar la infracción del art. 630 de la Ley Procesal Civil, dentro del escasísimo margen de censura antes citado, pero nunca invocar un precepto, el artículo 1.471 del Código Civil, que nada tiene que ver ni para nada opera en el presente pleito.

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** </hi> Una vez más se formula erróneamente el último motivo de recurso citándose el nº 5 en lugar del 4º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no impide tampoco el estudio de la denuncia, centrada en la infracción del párrafo segundo del art. 232 de la CDCC.

Alega el recurrente el error del juzgador “a quo” al aceptar como precio el resultante de la prueba pericial expresada -que, se dice, tiene que calificarse “de laboratorio”-, y hace aquél, en cambio, caso omiso de un parámetro obligado de valoración como es el comparativo del valor de fincas análogas ubicadas en la misma zona.

Y sobre ello, tiene que significarse lo siguiente.

a) Tal como recuerda esta Sala en sentencia de 20.12.1990 “La acción rescisoria por lesión enorme tiene su precedente en un Rescripto de Diocleciano del año 285, del cual pasó a formar parte la famosa “lex secunda” del Código Justiniano y consigue un desarrollo pleno gracias a la doctrina de Tomás de Aquino sobre el precio justo, que es una traducción cristiana de la noción de justicia conmutativa tal como aparece en la Ética nicomaquea de Aristóteles. Desde la Edad Media hasta la Edad Contemporánea fue una institución presente en la práctica totalidad de Europa, del Mediterráneo al Báltico. Los azares de la codificación y el predominio en cada momento de los que, para simplificar, podemos denominar “liberales” o “tradicionales”, determinaron en cada caso la aceptación o el rechazo de la acción rescisoria por lesión. Así, la Convención Nacional francesa la suprimió por Decreto de 14 de fructidor del año III y, ello no obstante, los redactores del Código Civil la restablecieron en 1804 con el voto favorable de todos los tribunales que se consultaron, salvo el de Rouen. Los redactores de nuestros códigos civiles olvidaron la presencia de esta institución en el “Fuero Real” en la “Partida Quinta”, en el “Ordenamiento de Alcalá” e, incluso, en la “Novísima Recopilación”, y prescindieron, no por copiar el código francés tal como dice algún autor erróneamente, sino convencidos por las razones de Florencio García Goyena por el cual “el autor del “Fuero Real” y de “Las Partidas” se propuso desnaturalizar y romanizar la legislación española”, y que considera la acción rescisoria “una fuente perenne de pleitos difíciles de resolver”; y convencidos también por los argumentos de Felipe Sánchez Román: “El recurso de la lesión es una herejía porque trata de sustraer el precio de las cosas al influjo natural de las leyes de la oferta y de la demanda”. En Cataluña, la acción rescisoria por lesión “ultra dimidium” no aparece en la “memoria referida a las instituciones de derecho civil de Cataluña” que redactó D. Manuel Duran i Bas en 1883, ni figura en el “Proyecto de Apéndice del Código Civil para Cataluña”, que elaboró la Academia de Derecho de 1896. La expresada acción reaparece, aunque muy limitadamente, en la Memoria de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, correspondiente al año 1899. La Compilación de 1960 la mantuvo con las modificaciones que el discurso de presentación parlamentaria expresa y justifica, y ha subsistido así hasta la actualidad”.

b) Una tan antigua y polémica institución, que en su oscilación a lo largo de los siglos ha cruzados los expresados momentos de reconocimiento y de decrepitud, incorpora en su seno incluso normas de prueba de lo que aparece como un desideratum, o sea, la fijación del precio justo. Por ello, el artículo 323,2 “in fine” de la Compilación de derecho civil de Cataluña prevé como instrumento para alcanzar este difícil objetivo del “precio justo” el que la doctrina ha venido calificando como el elemento comparativo o de confrontación, es decir, contrastar el valor de la finca litigiosa con el de otros que presenten iguales o análogas circunstancias en la respectiva localidad. Este encaramiento entre fincas otorga, como ya señaló este Tribunal en la sentencia de 26.2.1990 “una importancia singular a la aportación de contratos de compraventa coetáneos, cuyas circunstancias tengan similitudes con las del contrato supuestamente lesivo”. En esta misma resolución se alude a jurisprudencia que señala como aspecto a tener en cuenta para determinar el precio justo “el elemento confrontativo, que está representado por la puesta en relación con otras cosas con circunstancias iguales o análogas en la localidad respectiva”.

Por tanto, “prima facie”, continuando esta línea interpretativa, la Sala hubiese estado bastante sensible a la afirmación del recurrente según la cual existe “una finca colindante en venta desde hace bastante tiempo, a precio abiertamente inferior a la mitad del valor que le ha dado a la finca de autos el perito que ha elaborado la cuarta valoración obrante en autos y que, de haber tenido un mínimo celo, la habría detectado y considerado, llegando a una conclusión valorativa de menos de la mitad de la tasación llevada a efecto por el mismo” (fol. 14).

c) Pero lo que dice el recurrente no sobrepasa el estadio de simple manifestación. Y es que este ahora invocado elemento de confrontación, ni fue alegado en 1ª instancia, ni se propuso ni menos se practicó ninguna prueba que fuese procedente, por lo que malamente puede ser ahora considerado y menos en el ámbito de un recurso extraordinario como este.

d) Por lo que respecta al resto, el referido aspecto de confrontación declara la jurisprudencia que no deviene de obligatoria consideración ni para el demandante, ni por tanto, para el juzgador, ya que constituyendo un factor valorativo ciertamente nada menospreciable no puede equipararse a ningún supuesto de prueba legal, con fuerza para vincular al juez o minorar su capacidad de libre apreciación del conjunto probatorio para la determinación del justo precio. Así lo manifestó explícitamente este Tribunal en la sentencia de 20.10.92, reiterada por la de 21.12.92, en la que ya señalaba que el aspecto confrontativo conformaba en realidad un criterio orientativo, parecido a un elemento interpretativo normativo, lo que no comportaba, sin embargo, su conversión en “exigencia de concurrencia inexcusable, puesto que tal posición llevaría a “hacer imposible la aplicación del precepto cuando no se diese tal elemento de confrontación”.

Sexto. Desestimado el recurso de casación es procedente acordar la imposición de las costas a la parte recurrente y a la pérdida del depósito, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EN NOMBRE DEL REY Y POR LA AUTORIDAD CONFERIDA POR LA CONSTITUCIÓN,

FALLAMOS

Que DESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Narciso Ranera Cahís en representación procesal de D. Juan Luís y Dª Natividad Herrera Jurado contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona de fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y siete, CONFIRMANDO íntegramente la expresada resolución, con la imposición de las costas causadas a la parte recurrente y con la declaración de la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la expresada Audiencia testimonio de la presente sentencia con los autos originales y el rollo de apelación que en su día se enviaron a este Tribunal.

Por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 19 DE JUNY DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Antoni Domínguez i Velo / Higinio Ollé i Cegarra i altra</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Determinació de la quantia del litigi que permet accedir al recurs de cassació.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats expressats al marge, el recurs de cassació contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, com a conseqüència de les actuacions de judici declaratiu de menor quantia, seguides davant el Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Sant Feliu de Llobregat, sobre declaració de propietat. El recurs ha estat interposat per la Sra. Nuria Sánchez Álvarez, representada per la procuradora dels tribunals Sra. Glòria Ferrer Massanas i assistida del lletrat Sr. Fermín Puy Muñoz. La part contra la qual es recorre ha estat el Sr. Antonio Domínguez Velo, representat pel procurador dels tribunals Sr. Luis Alfonso Pérez de Olaguer Moreno i defensat pel lletrat Sr. Carlos de Roselló i Sambeat, i el demandat Sr. Higinio Ollé Cegarra, incomparegut.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Davant el Jutjat de Primera Instància esmentat es van seguir les actuacions de judici de menor quantia núm. 204/92, a instàncies del Sr. Antonio Domínguez Velo contra el Sr. Higinio Ollé Cegarra i la Sra. Nuria Sánchez Álvarez, en la qual es va dictar sentència, la part dispositiva de la qual diu el següent: "FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. D. Pere Martí Gellida en nombre y representación de D. Antonio Domínguez Velo, debo declarar y declaro propiedad del actor el 25% del local de edificio industrial, compuesto de planta baja y dos pisos altos, situado en esta Ciudad, con frente a un Pasaje sin nombre que partiendo de la Riera de la Salud o de la Creu, ataviesa la finca matriz de Este a Oeste, señalado con el número treinta y cuatro en el plano de urbanización de la mayor finca, edificado sobre un solar o porción de terreno que mide la superficie de ciento cinco metros, ventiocho decímetros cuadrados; equivalentes a 2.786,55 palmos: Linda: frente Norte en línea de 5,30 metros con dicho Pasaje sin nombre, derecha entrando; Oeste, en línea de 19,98 metros, por al izquierda Este, en línea 19,85 metros resto de mayor finca y por el fondo o espalda, Sur, con tierras de Rafael o sucesores. El terreno de esta finca se segrega de la finca 3.242 folio 207 del tomo 864 y 67 de esta Ciudad. Y debo condenar y condeno a D. Higinio Ollé, a que otorgue escritura pública para solemnizar dicha separación, si no la hiciera en el plazo que se determine en ejecución de sentencia, se otorgará por el Juzgado a su costa. Debo absolver y absuelvo a Dña. Nuria Sánchez Alvarez a todos los pedimentos contenidos contra ella en la demanda. Sin hacer expresa declaración de costas en esta instancia". </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Per les representacions del demandant Sr. Antonio Domínguez Velo i de la demandada Sra. Nuria Sánchez Álvarez es van interposar recursos d'apel·lació contra la sentència de primera instància, i tramitats d'acord amb dret, la Secció Catorzena de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar sentència amb data 17 d'octubre de 1994, amb la següent part dispositiva: "FALLAMOS: Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª NURIA SANCHEZ ALVAREZ, contra la sentencia dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia nº 4 de Sant Feliu de Llobregat, en fecha 25 de marzo de mil novecientos noventa y tres, y con revocación de dicha resolución, y con estimación íntegra de la demanda promovida por el nombrado primer apelante contra D. HIGINIO OLLE CEGARRA y contra Dª NURIA SANCHEZ ALVAREZ, debemos DECLARAR Y DECLARAMOS que el mentado SR. OLLE, como consecuencia del contrato de liquidación de la sociedad civil particular constituida en su día con el actor, actuando en su nombre y en representación de su esposa, vendió a aquél el 50% del local de autos, comprensivo de la mitad indivisa de éste, que figura a nombre de su mujer, que pasa a ser íntegramente propiedad del referido demandante D. Antonio Dominguez Velo, y en su consecuencia, debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a dichos demandados a otorgar la pertinente escritura pública que solemnice dicha declaración de propiedad, la cual, caso de negativa de parte de éstos, se otorgará en su nombre por el Juez, ello, con expresa imposición a los demandados de las costas causadas en la primera instancia y sin hacer una especial declaración sobre las causadas en esta alzada". </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> A instàncies de la representació de la demandada Sra. Nuria Sánchez Álvarez, l'esmentada Secció 14a de l'Audiència de Barcelona, va tenir per preparat el recurs de cassació contra la sentència d'apel·lació, i per a la seva substanciació es van elevar les actuacions a la Sala Segona del Tribunal Suprem, prèvia citació a termini de les parts, i comparegudes aquestes i interposat per la recurrent el recurs de cassació, la Sala esmentada, previs els tràmits oportuns, va dictar interlocutòria el 16 de juliol de 1996 en què va declarar la competència d'aquesta Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per conèixer aquest recurs i va trametre les actuacions. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> Rebudes les actuacions en aquest Tribunal i comparegudes les parts, prèvia designa de procurador pel torn d'ofici; es va substanciar el procediment i es va admetre el recurs de cassació oportunament interposat i que es basava en els següents motius: Únic. En la infracció de les normes de l'ordenament jurídic o de la jurisprudència que fossin aplicables per resoldre les qüestions de debat, motiu regulat per l'art. 1692.4 de la Llei d'enjudiciament civil i, de conformitat amb l'art. 1707, manifestava que les normes que considerava infringides eren les següents: a) del Codi civil, articles 6; 71; 1214; 1259; 1280.5; 1439; 1713; 1957; 1958 i 1959; b) de la Compilació del dret civil de Catalunya: art. 7 i 49 i c) art. 1565.3 de la Llei d'enjudiciament civil. Considerava igualment infringida reiterada jurisprudència sintetitzada en les Sentències de la Sala Civil del Tribunal Suprem de dates 02.06.81; 25.01.89; 07.04.89 i 28.05.91. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> Es va lliurar la còpia del recurs a la part apel·lada, i personada perquè formalitzés per escrit la seva impugnació, va evacuar oportunament el tràmit esmentat i l'escrit presentat es va adjuntar a les actuacions mitjançant una provisió de data 22 de maig passat en què es va assenyalar per a la votació el dia 12 dels corrents, en què va tenir lloc. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Luis M. Díaz Valcárcel. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Únic.** -</hi> El fiscal, en informe núm. 685/95 emès el 28 de març de 1995 davant la Sala Primera del Tribunal Suprem, sol·licita la inadmissió total del recurs, d'acord amb el que disposa la regla 4a del núm. 1r de l'art. 1710 de la Llei d'enjudiciament civil, en ser la quantitat litigiosa notòriament inferior a la prevista al núm. 1 c) de l'art. 1687 de la mateixa Llei. La Sala Primera no va resoldre sobre tal petició per entendre que el Tribunal competent per conèixer el recurs de cassació és la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, al qual va trametre les actuacions mitjançant la interlocutòria de 16 de juliol de 1996. Com argumenta el Ministeri Fiscal el que es discuteix a la *litis* és la compravenda de la quarta part d'un local, la meitat del qual va ser comprat per 4.735.000 de pessetes, més el vuit per cent de la quantitat ajornada des de setembre de 1988 a març de 1991. És notori que la quantitat litigiosa no ascendeix, ni de bon tros, als sis milions de pessetes que estableix l'art. 1687. El nou informe del fiscal, de data 28 de febrer de 1997, no reproduïx la causa d'inadmissió esmentada, que tampoc es va tenir en compte oportunament per la Sala, per la qual cosa, segons doctrina que mantenen innumbrables resolucions del Tribunal Suprem, opera com a causa de desestimació, si bé les costes que s'imposen al recurrent només arribaran al moment que va haver de produir-se la inadmissió (Sta. del T. S. de 31 de desembre de 1994). </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Vistos l'article esmentat i els que són aplicables legalment. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que desestimem íntegrament el recurs de cassació interposat per representació de la Sra. Nuria Sánchez Alvarez contra la sentència de data 17 d'octubre de 1994, dictada per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, amb expressa imposició a la recurrent de les costes causades fins al dia 23 d'abril del corrent any, sense fer especial menció de les posteriors.

Torneu les actuacions judicials i el rotlle d'apel·lació a l'Audiència amb certificació d'aquesta resolució. Així ho acorda la sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Antonio Domínguez Velo / Higinio Ollé Cegarra y otra</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Texto original</head>

<head type=sub rend="bo">**Determinación de la cuantía del litigio que permite acceder al recurso de casación.**
 </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Sant Feliu de Llobregat, sobre declaración de propiedad; cuyo recurso ha sido interpuesto por Dª. NURIA SÁNCHEZ ALVAREZ, representada por la Procurador de los Tribunales Dª. Gloria Ferrer Massanas y asistida del Letrado D. Fermín Puy Muñoz; siendo parte recurrida D. Antonio Domínguez Velo, representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Alfonso Pérez de Olaguer Moreno y defendido por el Letrado D. Carlos de Roselló y Sambeat, y el demandado D. Higinio Ollé Cegarra, incomparecido.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** </hi> Ante el Juzgado de Primera Instancia referido se siguieron autos de juicio de menor cuantía nº 204/92 a instancia de D. Antonio Domínguez Velo contra D. Higinio Ollé Cegarra y Dª Nuria Sánchez Alvarez, en los que se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. D. Pere Martí Gellida en nombre y representación de D. Antonio Domínguez Velo, debo declarar y declaro propiedad del actor el 25% del local de edificio industrial, compuesto de planta baja y dos pisos altos, situado en esta Ciudad, con frente a un Pasaje sin nombre que partiendo de la Riera de la Salud o de la Creu, atraviesa la finca matriz de Este a Oeste, señalado con el número treinta y cuatro en el plano de urbanización de la mayor finca, edificado sobre un solar o porción de terreno que mide la superficie de ciento cinco metros, veintiocho decímetros cuadrados; equivalentes a 2.786,55 palmos. Linda: frente Norte en línea de 5,30 metros con dicho Pasaje sin nombre; derecha entrando, Oeste, en línea de 19,98 metros, por la izquierda Este, en línea 19,85 metros resto de la mayor finca y por el fondo o espalda, Sur, con tierras de Rafael o sucesores. El terreno de esta finca se segrega de la finca 3.242 folio 207 del tomo 864 y 67 de esta Ciudad. Y debo condenar y condeno a D. Higinio Ollé, a que otorgue escritura pública para solemnizar dicha declaración, si no la hiciera en el plazo que se determine en ejecución de sentencia, se otorgará por el Juzgado a su costa. Debo absolver y absuelvo a Dña. Nuria Sánchez Alvarez de todos los pedimentos contenidos contra ella en la demanda. Sin hacer expresa declaración de costas de esta instancia." </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** </hi> Por las representaciones del demandante D. Antonio Domínguez Velo y de la demandada Dª Nuria Sánchez Alvarez, se interpusieron recursos de apelación contra la referida sentencia de primera instancia, y tramitados los mismos con arreglo a derecho, la Sección Decimocuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 17 de Octubre de 1.994, con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. ANTONIO DOMINGUEZ VELO y DESESTIMANDO el formulado por la representación de Dª. NURIA SÁNCHEZ ALVAREZ, contra la sentencia dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia nº 4 de Sant Feliu de Llobregat, en fecha veinticinco de Marzo de mil novecientos noventa y tres, y con revocación de dicha resolución, y con estimación íntegra de la demanda promovida por el nombrado primer apelante contra D. HIGINIO OLLÉ CEGARRA y contra Dª. NURIA SANCHEZ ALVAREZ, debemos DECLARAR Y DECLARAMOS que el mentado SR. OLLÉ, como consecuencia del contrato de liquidación de la sociedad civil particular constituida en su día con el actor, actuando en su nombre y en representación de su esposa, vendió a aquél el 50% del local de autos, comprensivo de la mitad indivisa de éste, que figura registralmente inscrito en un 25% a su nombre y en el 25% restante a nombre de su mujer, que pasa a ser íntegramente propiedad del referido demandante D. Antonio Domínguez Velo, y en su consecuencia, debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a dichos demandados a otorgar la pertinente escritura pública que solemnice dicha declaración de propiedad, la cual, caso de negativa de parte de éstos, se otorgará en su nombre por el Juez; ello, con expresa imposición a los demandados de las costas causadas en la primera instancia y sin hacer una especial declaración sobre las causadas en esta alzada." </s></p></div3>

<div3 n=3>

Tercero. A instancia de la representación de la demandada D^a. Nuria Sánchez Alvarez, la referida Sección 14^a de la Audiencia de Barcelona, tuvo por preparado recurso de casación contra la sentencia de apelación, y para su sustanciación se elevaron las actuaciones a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas e interpuesto por la recurrente el recurso de casación, la referida Sala, previos los trámites oportunos, dictó Auto en 16 de julio de 1996 declarando la competencia de esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para conocer de dicho recurso, remitiendo las actuaciones.

<div3 n=4>

Cuarto. Recibidas las actuaciones en este Tribunal y comparecidas las partes, la recurrente previa designa de Procurador por el turno de oficio, se sustanció el procedimiento, admitiéndose el recurso de casación oportunamente interpuesto y que se basaba en los siguientes motivos: ÚNICO.- En la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones de debate, motivo regulado por el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de conformidad con el art. 1707, manifestaba que las normas que consideraba infringidas eran las siguientes: a) del Código Civil, arts. 6, 71, 1214, 1259, 1280.5, 1439, 1713, 1957, 1958 y 1959; b) de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña: art. 7 y 49, y c) Art. 1565.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considerando igualmente infringida reiterada jurisprudencia sintetizada en las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fechas 02.06.81, 25.01.89, 07.04.89 y 28.05.91.

<div3 n=5>

Quinto. Habiéndose entregado la copia del recurso a la parte recurrida y personada para que formalizara por escrito su impugnación, evacuó dicho trámite oportunamente, uniéndose el escrito presentado mediante providencia de fecha veintidós de mayo pasado en la que se señaló para la votación el día 12 de los corrientes, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Luis M^a. Díaz Valcárcel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

<div3 n=1>

Único. El Fiscal, en informe núm. 685/95 emitido el 28 de marzo de 1995 ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, solicita la inadmisión total del recurso de acuerdo con lo dispuesto en la regla 4^a del n^o 1^a del art. 1710 de la Ley de enjuiciamiento civil al ser la cuantía litigiosa notoriamente inferior a la prevista en el n^o 1 c) del art. 1687 de la propia Ley. La Sala Primera no resolvió sobre tal petición por entender que el Tribunal competente para conocer del recurso de casación es la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al que remitió las actuaciones mediante Auto de 16 de julio de 1.996. Como argumenta el Ministerio Fiscal lo que se discute en la litis es la compraventa de la cuarta parte de un local cuya mitad fue comprada en 4.735.000 de pesetas, más el ocho por ciento de la cantidad aplazada desde septiembre de 1988 a marzo de 1991. Es notorio que la cuantía litigiosa no asciende, ni con mucho, a los seis millones de pesetas que establece el art. 1687. El nuevo informe del Fiscal, de fecha 28 de febrero de 1997 no reproduce la causa de inadmisión mencionada, que tampoco se tuvo en cuenta oportunamente por la Sala, por lo que, según doctrina que mantienen innumerables resoluciones del Tribunal Supremo, opera como causa de desestimación, si bien las costas que se imponen al recurrente sólo alcanzarán al momento en que debió producirse la inadmisión (Sta. del T. S. de 31 de diciembre de 1994).

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos íntegramente el recurso de casación interpuesto por representación de D^a. Nuria Sánchez Alvarez contra la sentencia de fecha 17 de Octubre de 1994, dictada por la Sección 14^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, con expresa imposición a la recurrente de las costas causadas hasta el día 23 de abril del corriente año, sin hacer especial mención de las posteriores.

Devuélvanse los autos y el Rollo de Apelación a la Audiencia con certificación de la presente resolución. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 19 DE JUNY DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Teresa R.M. / Jordi A.V.</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Llei aplicable a les qüestions sobre filiació.- Retroactivitat de la llei catalana de filiacions.- Admissió de la demanda sobre filiació segons el dret civil català, encara que no es presenti un principi de prova.- Negativa a la pràctica de proves biològiques i la seva valoració.- Presumpció de paternitat no matrimonial.- Exceptio plurium concubentium.- Interpretació de les normes civils catalanes.- Prova de presumpcions.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats expressats al marge, el recurs de cassació contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 1a de l'Audiència Provincial de Lleida, com a conseqüència de les actuacions de judici declaratiu de menor quantia, seguides davant el Jutjat de Primera Instància de La Seu d'Urgell, sobre reclamació de paternitat. El recurs ha estat interposat pel Sr. Jorge A. V., representat pel procurador dels tribunals Sr. Santiago Puig de la Bellacasa i Vandellós i assistit del lletrat Sr. Jaume Ribes Porta. Hi ha actuat com a part apel·lada la Sra. María Teresa R. M., representada per la procuradora dels tribunals Sra. María del Carmen Martínez de Sas i defensada per la lletrada Sra. María del Carmen Ruiz González, i el Ministeri Fiscal.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> El Jutjat de Primera Instància esmentat va dictar sentència, la part dispositiva de la qual diu el següent: "FALLO: Que estimando como estimo íntegramente la demanda formulada por la Procurador TERESA R. M., debo declarar y declaro la paternidad del demandado D. JORGE A. V., respecto del menor ARNAU R. M., con todos los efectos inherentes a dicho pronunciamiento condenando al demandado al pago de las costas de este procedimiento." </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> La representació del demandat Sr. A. V. va interposar un recurs d'apel·lació contra la sentència de primera instància, que va ser tramitat d'acord amb el dret. En data 29 d'octubre de 1996, la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida va dictar una sentència amb la part dispositiva següent: "FALLAMOS: DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Rebés Gomà, en representación de D. JORGE A. V. contra sentencia dictada en los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº. 312/94, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Seu d'Urgell y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución; con imposición al recurrente de las costas de esta segunda instancia." </s></p>
 </div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El procurador dels tribunals Sr. Puig de la Bellacasa, en representació del Sr. Jorge A. V., va interposar recurs de cassació contra la sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida, que basava en els següents motius: 1r) Per infracció de les normes de l'ordenament jurídic aplicables al cas, partint de l'apartat 4t, de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, en concret, per infracció de l'art. 1253 del Codi civil, en relació amb l'art. 127.2 del mateix text substantiu, i vulneració de la doctrina jurisprudencial continguda, entre d'altres, en les sentències del Tribunal Suprem de dates 19.1.90; 20.10.93 i 17.10.95, sobre la necessitat de presentar o mostrar amb la demanda algun principi de prova dels fets en els quals es fonamenta; 2n) Partint de l'apartat 4t de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de la doctrina jurisprudencial continguda en les sentències del Tribunal Suprem de data 24.5.9, i del Tribunal Constitucional 7/94, de data 17.1.94; 3r) Partint de l'apartat 4t, de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de l'art. 1253 del Codi civil, en relació amb el 135 del Codi civil; 4t) D'acord amb l'apartat 4t, de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció de l'art. 1253 del Codi civil, en relació amb els articles 127 i 135 del mateix text substantiu, i per infracció de la doctrina jurisprudencial sobre l'abast de la negativa a sotmetre's a la prova biològica de paternitat, continguda en les sentències del Tribunal Suprem, Sala Primera, de dates 22.3.96; 8.5.95; 20.12.94; 15.6.93; 4.2.93; 30.4.92 i del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Sala Civil, de dates 21.3.96; 25.1.93 i 22.7.91, quan argumenten que la negativa a sotmetre's a les proves biològiques no pot ser considerada com a *ficta confessio*, tal negativa ha d'estar relacionada de forma incontrovertible amb altres proves absolutament definides que condueixin directament al jutge al convenciment de la paternitat, i 5è) Partint de l'apartat 4t, de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció, per no aplicació, dels articles 16 i 5 de la Llei del Parlament de Catalunya 7/91, de 27 d'abril, de Filiacions, en relació amb el que s'ha disposat a l'art. 1253 del Codi civil. </s></p>
 </div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> Admès el recurs i evacuat el tràmit d'impugnació, es va assenyalar per a la votació el dia 5 dels corrents, dia que va tenir lloc. </s></p></div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent l'II-lm. Sr. Luis M. Díaz Valcárcel. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FONAMENTS JURÍDICS</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Amb caràcter previ a l'estudi dels cinc motius que integren aquest recurs de cassació, cal determinar quin serà el dret aplicable -legislació civil comuna o privativa de Catalunya- atesa la confusió existent que neix amb la mateixa demanda i s'estén a la contestació i a les dues sentències d'instància, que citen preceptes del Llibre I, Títol V del Codi civil i de la Llei del Parlament Català 7/1991, de 27 d'abril. La demanda formulada per la Sra. María Teresa R. sol·licita que es declari la paternitat del demandat Sr. Jorge A. respecte al menor Arnau, nascut a la Seu d'Urgell -on també havia nascut la seva mare dinou anys abans- el dia 17 de maig de 1984. No hi ha res en les actuacions que contradigui la condició catalana del fill, per la qual cosa, d'acord amb l'art. 68 de la Llei del registre civil, el títol preliminar del Codi civil (art. 9.4) i la Compilació del dret civil de Catalunya (art. 3), la legislació aplicable és la civil catalana.

I, dins d'aquesta, la Llei de filiacions esmentada abans, la disposició transitòria primera de la qual li concedeix efectes retroactius sigui quina sigui la data del naixement. D'acord amb el que s'expressa en el preàmbul, la repetida Llei de filiacions pretén "una regulació autònoma i actualitzada de la filiació en el dret català, basada en el tradicional principi de la lliure investigació de la paternitat i la maternitat sense limitacions probatòries, així com en el principi del *favor filii* i el seu corollari de no discriminació entre filiació matrimonial i no matrimonial". El preàmbul esmentat posa èmfasi especial (paràgraf primer) a destacar que la nova Llei dota a l'ordenament jurídic català "d'una regulació autònoma i autosuficient que avui no té". Això significa que fins a la promulgació de la Llei, de 27 d'abril de 1991, el dret civil català tan sols dedicava a la filiació els articles 4 i 5 de la Compilació, segons redacció donada per Llei 13/1984, de 20 de març, per harmonitzar-los amb la Constitució; articles que pel seu caràcter evidentment fragmentari havien de ser completats amb preceptes de la legislació comuna que no estiguessin en contradicció amb els principis generals de l'ordenament jurídic català. Al contrari, el proclamat caràcter "autònom i autosuficient" de la Llei de filiacions implica que per interpretar-la, i també per integrar-la, si calgués; s'ha de recórrer a les lleis, els costums, la jurisprudència i la doctrina que constitueixen la tradició jurídica catalana, d'acord amb els principis generals que inspiren l'ordenament jurídic de Catalunya. (art. 1.1 de la Compilació del dret civil de Catalunya).

</s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> La Constitució, marc que no pot superar el legislador ordinari, disposa en el seu art. 39.2 *in fine* que "la llei possibilitarà la investigació de la paternitat". La legislació comuna, com no podia ser d'una altra manera, s'ajusta al mandat constitucional quan l'art. 127.1 del Codi civil en redacció donada per Llei 11/1981, de 13 de maig, disposa que en els judicis de filiació serà admissible la investigació de la paternitat i de la maternitat mitjançant tota classe de proves, incloses les biològiques. Però el paràgraf segon del mateix article estableix una restricció en dir que el jutge no admetrà la demanda si amb ella no es presenta un principi de prova dels fets en els quals es fonamenti; filtre que no contradiu l'art. 39.2 de la Constitució, segons ha declarat el Tribunal Constitucional en Sentència de 17 de gener de 1994, de manera concorde amb el que ha manifestat el Tribunal Suprem en Sentències de 19 de gener de 1990; 3 de desembre de 1991 i 7 d'octubre de 1995, entre d'altres. L'aplicació a Catalunya de l'art. 127.2 del Codi civil resultava dubtosa en l'etapa anterior a 1991. La millor doctrina s'havia manifestat en contra pel fet que la possibilitat de rebutjar *a limine* la demanda no deixa de ser un obstacle a la lliure investigació de la paternitat, que és una de les tradicions jurídiques catalanes més arrelades des de l'edat mitjana. A partir de la vigència de la Llei de filiacions no hi ha dubte que l'art. 127.2 no és aplicable a Catalunya per no estar recollit en la Llei -autònoma i autosuficient- i ser oposat als principis generals de l'ordenament jurídic català. No és un argument en contra el caràcter processal pretès del precepte, per com l'art. 9.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya concedeix a la Generalitat competència exclusiva en matèria de normes processals que es deriven de les particularitats del dret substantiu de Catalunya. Per tot el que s'ha dit, no pot estimar-se el primer motiu de cassació que, partint de l'apartat 4t de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, denuncia inaplicació de l'art. 127.2 del Codi civil i de la doctrina jurisprudencial que ho interpreta. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Igual sort desestimària haurà de córrer el tercer dels motius de cassació que denuncia aplicació indeguda de l'art. 135 del Codi civil en relació amb el 1253 del mateix cos legal. En primer lloc, l'art. 135 del Codi civil no és invocable en el cas que ens ocupa per les raons exposades als fonaments jurídics precedents. I, en segon lloc, n'hi ha prou amb la lectura de la sentència impugnada per adonar-se que no es fonamenta ni en el reconeixement exprés o tàcit, ni en la possessió d'estat, ni en la convivència amb la mare en l'època de la concepció.

</s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> El segon motiu de cassació aborda el tema de les proves biològiques de determinació de la paternitat i de les conseqüències que poden derivar-se de no sotmetre-s'hi. En aquest supòsit és possible dir: a) Els avenços experimentats per les ciències biològiques en els últims temps permeten d'afirmar que actualment, en els supòsits de filiació dubtosa, és possible determinar la paternitat amb un grau de probabilitat tan alt que a la pràctica és identificable amb la certesa. Les mateixes proves biològiques permeten descartar que un determinat baró sigui el progenitor amb un cent per cent d'exactitud. b) Les conseqüències d'aquest progrés científic en el Dret de família són decisives. El tan citat apotegma romà de *mater semper certa est, pater incertus* ha deixat de tenir vigència. Ja no cal rastrejar la paternitat biològica a través de presumpcions i proves indicatòries, sempre insatisfactòries, quan una perícia pot resoldre el *dubio* de manera irrefutable. c) Dit això: Què s'ha de pensar dels qui es neguen a la pràctica de les proves biològiques? Llevat de supòsits quasi impensables que les anàlisis poguessin perjudicar seriosament la salut, previstos a la Sentència del Tribunal Constitucional de 17 de gener de 1994, la negativa revela simplement por que la veritat resplendeixi de manera que ja no hi hagi cap dubte. d) Certament que el Tribunal Suprem i aquest mateix Tribunal Superior en sentències reiterades han dit que la negativa a sotmetre's a la prova biològica no equival a una *ficta confessió* de paternitat. Som davant una presumpció no establerta per llei i que, per tant, serà apreciable com mitjà de prova quan el fet que ha de deduir-se'n estigui completament acreditat (art. 1249 del Codi civil) i entre aquest fet i aquell que es miri de deduir hi hagi un enllaç precís i directe, segons les regles del criteri humà (art. 1253). e) Seria possible afegir que mitjançant el mecanisme de la confessió -real o fictícia- és possible aconseguir els anomenats "reconeixements de complaença per qui no és pare, possibilitat exclosa si es practica la perícia biològica. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** </hi> En el cas que ens ocupa el demandat s'ha negat rotundament, en primera i en segona instància, a sotmetre's a la prova biològica acordada pel Jutge de primera instància en període de prova i per l'Audiència per a millor proveir. Les excuses -que no raons- amb què intenta justificar la seva negativa són fútils. Al·lega que la submissió a la prova "comportaria una acceptació tàcita de l'existència de relacions sexuals amb l'actora", la qual cosa el portaria a la "inevitable ruptura matrimonial". Afegeix que "la realització de la prova esmentada descartaria, sense cap dubte, la paternitat del meu mandant, però això no salvaria el seu matrimoni". La inanitat de tal argumentació i l'error de la seva base no requereix comentari ulterior. Pel que fa a l'estimació de la prova indicatòria és matèria d'exclusiva apreciació de la sala sentenciadora i només pot ser impugnada en cassació quan el resultat al qual arribi sigui absurd, il·lògic o inversemblant (Sta. de 26 de juny de 1985, entre altres moltes) la qual cosa, evidentment, no és el cas. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** </hi> El quart motiu de cassació, també a l'empara del núm. 4t de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, reitera la infracció de l'art. 1253 del Codi civil en relació amb els articles 127 i 135 -la inaplicació dels quals al cas ja hem considerat- així com infracció de la doctrina jurisprudencial sobre això. Al que ja s'ha esmentat sobre la prova indicatòria es pot afegir que en l'època de la concepció del menor Arnau, actora i demandat formaven part d'un grup de joves de la Seu d'Urgell que sortien junts, fet admès per ambdues parts i que no demostra l'existència de relacions sexuals entre els aquí litigants, però sí la seva oportunitat, el que reafirma, si és possible, la necessitat que s'hagués practicat la prova pericial demanada i acordada. </s></p></div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Setè.** </hi> El cinquè i últim motiu de cassació denuncia infracció, per no aplicació, dels articles 16 i 5 de la Llei del Parlament de Catalunya 7/91, de 27 d'abril, en relació amb el que disposa l'art. 1253 del Codi civil "ja que de les proves practicades resulta com a paternitat més probable la d'una persona diferent al demandat i, malgrat això, la sentència objecte de recurs declara la paternitat del meu principal". L'art. 5.1 estableix una presumpció de paternitat no matrimonial per al baró que hagi mantingut relacions sexuals amb la mare durant el període legal de la concepció. L'art. 16 resol la hipotètica al·legació de *plurium concubentium* amb criteris probabilioristes. L'Audiència raona correctament que, encara que s'admetin en hipòtesi les al·legacions sobre el manteniment de relacions sexuals per part de l'actora amb un tercer en la mateixa època, això no és motiu suficient per si sol per desestimar la demanda, afirmació concorde amb el que disposen els articles 5 i 16 de la Llei de filiacions que, per tant, s'han tingut en compte de manera correcta i que no fan sinó reafirmar la importància decisiva de la prova hematològica. L'actitud netament obstructionista a la seva pràctica per part del demandat, complementada, com diu la sentència, "amb la resta de les proves indirectes examinades ve a reafirmar la conclusió probatòria favorable a la paternitat". En resum, i com va dir aquest Tribunal en Sentència de 25 de gener de 1993, l'Audiència ha tret les conseqüències correctes que han de seguir-se de la negativa del progenitor hipotètic a sotmetre's a les proves biològiques sobre determinació de la paternitat i ho ha fet en relació amb les altres proves, el reexamen de les quals no és lícit en el recurs de cassació. Finalment, és possible destacar la plena coincidència entre el Jutjat d'Instrucció, l'Audiència Provincial i el Ministeri Fiscal. </s></p></div3>

<div3 n=8><p><s><hi rend="bo">**Vuitè.** -</hi> De conformitat amb l'art. 1715.2 de la Llei d'enjudiciament civil, la desestimació total del recurs comporta la imposició de les costes al recurrent i la pèrdua del dipòsit constituït.

Vistos l'article esmentat i els que són aplicables legalment. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>En nom del Rei i per l'autoritat del poble espanyol, </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que desestimem íntegrament el recurs de cassació interposat pel procurador Sr. Santiago Puig de la Bellacasa i Vandellós, en nom i representació del Sr. Jorge A. V., contra la sentència dictada per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleida en data 29 d'octubre de 1996. Condemnem el recurrent al pagament de les costes del recurs i a la pèrdua del dipòsit constituït.

Notifiqueu i publiquem aquesta resolució d'acord amb dret, i torneu les actuacions judicials i rotlle a la Secció de la seva procedència.

Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Teresa R. M. / Jorge A. V. </head>

<head type=sub rend="bo">A) Texto original</head></div1>

<head type=sub rend="bo">**Ley aplicable a las cuestiones sobre filiación.- Retroactividad de la ley catalana de filiaciones.- Admisión de la demanda sobre filiación según el Derecho civil catalán, aunque no se presente un principio de prueba.- Negativa a la práctica de pruebas biológicas y su valoración.- Presunción de paternidad no matrimonial.- Exceptio plurium concubentium.- Interpretación de las normas civiles catalanas.- Prueba de presenciones.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lleida, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de La Seu d'Urgell, sobre reclamación de paternidad; cuyo recurso ha sido interpuesto por D. Jorge A. V., representado por el Procurador de los Tribunales D. Santiago Puig de la Bellacasa i Vandellós y asistido del Letrado D. Jaume Ribes Porta; siendo parte recurrida Dª. María Teresa R. M., representada por la Procurador de los Tribunales Dª. María del Carmen Martínez de Sas y defendida por la Letrado Dª. María del Carmen Ruíz González y el Ministerio Fiscal.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Por el Juzgado de Primera Instancia referido se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo íntegramente la demanda formulada por la Procurador TERESA RAMENTOL MIROT, debo declarar y declaro la paternidad del demandado D. JORGE A. V., respecto del menor ARNAU R. M., con todos los efectos inherentes a dicho pronunciamiento condenando al demandado al pago de las costas de este procedimiento." </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Por la representación del demandado Sr. A. V. se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia de primera instancia, y tramitado el mismo con arreglo a derecho, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida dictó sentencia con fecha 29 de Octubre de 1.996, con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Rebés Gomà, en representación de D. JORGE A. V. contra sentencia dictada en los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 312/94, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Seu d'Urgell y **CONFIRMAMOS íntegramente** dicha resolución; con imposición al recurrente de las costas de esta segunda instancia." </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El Procurador de los Tribunales Sr. Puig de la Bellacasa, en representación de D. JORGE A. V., interpuso recurso de Casación contra la referida sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, con apoyo en los siguientes motivos: 1º.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables al caso, en base al apartado cuarto, del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto, por infracción del art. 1253 del Código Civil, en relación con el art. 127.2 del mismo texto sustantivo, y vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 19-1-90, 20-10-93 y 17-10-95, sobre la necesidad de presentar o mostrar con la demanda algún principio de prueba de los hechos en que se funda; 2º.- En base al apartado 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 24-5-89, y del Tribunal Constitucional 7/94, de fecha 17-1-94; 3º.- En base al apartado 4º, del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 1253 del Código Civil, en relación con el 135 del Código Civil; 4º.- En base al apartado 4º, del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 1253 del Código Civil, en relación con los arts. 127 y 135 del mismo texto sustantivo, y por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad, contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fechas 22-3-96, 8-5-95, 20-12-94, 15-6-93, 4-2-93, 30-4-92 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil, de fechas 21-3-96, 25-1-93, y 22-7-91, en cuanto argumentan que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no puede ser considerada como ficta confessio, debiendo tal negativa estar relacionada de forma incontrovertible con otras pruebas absolutamente definidas que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad, y 5º.- En base al apartado 4º, del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por no aplicación, de los arts. 16 y 5 de la Ley del Parlament de Catalunya, 7/91 de 27 de Abril, de Filiacions, en relación con lo dispuesto en el art. 1253 del Código Civil. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Admitido el recurso y evacuado el trámite de impugnación, se señaló para la votación el día 5 de los corrientes, en que tuvo lugar. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Luis Mª. Díaz Valcárcel. </s></p></div3>

</div2>

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Con carácter previo al estudio de los cinco motivos que integran el presente recurso de casación es preciso determinar cual sea el Derecho aplicable -legislación civil común o privativa de Cataluña- habida cuenta de la confusión existente que nace con la propia demanda y se extiende a la contestación y a las dos sentencias de instancia que citan preceptos del Libro I, Título V del Código civil y de la Ley del Parlamento Catalán 7/1.991, de 27 de abril. La demanda formulada por doña María Teresa R. solicita se declare la paternidad del demandado don Jorge A. respecto al menor Arnau nacido en la Seu d'Urgell -donde también había nacido su madre diecinueve años antes- el día 17 de mayo de 1984. Nada hay en autos que contradiga la condición catalana del hijo por lo que, de acuerdo con el art. 68 de la Ley del Registro Civil, el Título Preliminar del Código civil (Art. 9.4) y la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (art. 3), la legislación aplicable es la civil catalana.

Y, dentro de ésta, la Ley de filiaciones antes mencionada cuya disposición transitoria primera le concede efectos retroactivos cualquiera que sea la fecha del nacimiento. De acuerdo con lo expresado en su preámbulo, la repetida Ley de filiaciones pretende "una regulación autónoma y actualizada de la filiación en el derecho catalán" basada en el tradicional principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad sin limitaciones probatorias, así como en el principio del *favor filii* y su corolario de no discriminación entre filiación matrimonial y no matrimonial. El referido preámbulo pone especial énfasis (párrafo primero) en destacar que la nueva Ley dota al ordenamiento jurídico catalán de "una regulación autónoma y autosuficiente que hoy no tiene". Ello significa que hasta la promulgación de la Ley de 27 de abril de 1991 el derecho civil catalán tan sólo dedicaba a la filiación los arts. 4 y 5 de la Compilación, según redacción dada por Ley 13/1984, de 20 de marzo, para armonizarlos con la Constitución; artículos que por su carácter evidentemente fragmentario debían ser completados con preceptos de la legislación común que no estuviesen en contradicción con los principios generales del ordenamiento jurídico catalán. Por el contrario, el proclamado carácter "autónomo y autosuficiente" de la Ley de filiaciones supone que para interpretarla, y también para integrarla si fuese necesario, hay que acudir a las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña. (art. 1.1 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña). </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>La Constitución, marco que no puede rebasar el legislador ordinario, dispone en su art. 39.2 *in fine* que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad". La legislación común, como no podía ser menos, se ajusta al mandato constitucional cuando el art. 127.1 del Código civil en redacción dada por Ley 11/1.981, de 13 de mayo, dispone que en los juicios de filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Pero el párrafo segundo del mismo artículo establece una restricción al decir que el juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde; filtro que no contradice el art. 39.2 de la Constitución, según ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de enero de 1.994, de manera concorde con lo manifestado por el Tribunal Supremo en sentencias de 19 de enero de 1.990, 3 de diciembre de 1.991 y 7 de octubre de 1.995, entre otras. La aplicación en Cataluña del art. 127.2 del Código civil resultaba dudosa en la etapa anterior a 1.991. La mejor doctrina se había manifestado en contra por cuanto la posibilidad de rechazar *a limine* la demanda no deja de ser un óbice a la libre investigación de la paternidad que es una de las tradiciones jurídicas catalanas más arraigadas desde la edad media. A partir de la vigencia de la Ley de filiaciones no hay duda de que el art. 127.2 no es aplicable en Cataluña por no estar recogido en la Ley -autónoma y autosuficiente- y ser opuesto a los principios generales del ordenamiento jurídico catalán. No es argumento en contra el pretendido carácter procesal del precepto, por cuanto el art. 9.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña concede a la Generalidad competencia exclusiva en materia de normas procesales que se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de Cataluña. Por todo lo dicho no puede estimarse el primer motivo de casación que, en base al apartado 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia inaplicación del art. 127.2 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Igual suerte desestimatoria deberá correr el tercero de los motivos de casación que denuncia aplicación indebida del art. 135 del Código civil en relación con el 1253 del mismo cuerpo legal. En primer lugar, el art. 135 del Código civil no es invocable en el caso que nos ocupa por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos precedentes. Y, en segundo lugar, basta la lectura de la sentencia impugnada para cerciorarse de que no se fundamenta ni en el reconocimiento expreso o tácito, ni en la posesión de estado, ni en la convivencia con la madre en la época de la concepción. </s></p></div3>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Cuarto. - </hi>El segundo motivo de casación aborda el tema de las pruebas biológicas de determinación de la paternidad y de las consecuencias que pueden derivarse del no sometimiento a las mismas. A este supuesto cabe decir: a) Los avances experimentados por las ciencias biológicas en los últimos tiempos permiten afirmar que actualmente, en los supuestos de filiación dudosa, es posible determinar la paternidad con un grado de probabilidad tan alto que en la práctica es identificable con la certeza. Las mismas pruebas biológicas permiten descartar que un determinado varón sea el progenitor con un cien por cien de exactitud. b) Las consecuencias de este progreso científico en el Derecho de familia son decisivas. El tan citado apotegma romano de *mater semper certa est, pater incertus* ha dejado de tener vigencia. Ya no es preciso rastrear la paternidad biológica a través de presunciones y pruebas indiciarias, siempre insatisfactorias, cuando una pericia puede resolver el dubio de manera irrefragable. c) Dicho esto ¿qué cabe pensar de quienes se niegan a la práctica de las pruebas biológicas?. Salvo supuestos casi impensables de que los análisis pudieran perjudicar seriamente la salud, contemplados por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1.994, la negativa revela simplemente miedo a que la verdad resplandezca de modo que ya no quepan las dudas. d) Ciertamente que el Tribunal Supremo y este mismo Tribunal Superior en Sentencias reiteradas han dicho que la negativa a someterse a la prueba biológica no equivale a una *ficta confessio* de paternidad. Estamos ante una presunción no establecida por ley y que por tanto será apreciable como medio de prueba cuando el hecho de que ha de deducirse esté completamente acreditado (art. 1249 del Código civil) y entre este hecho y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253). e) Cabría añadir que mediante el mecanismo de la confesión -real o ficticia- es posible conseguir los llamados "reconocimientos de complacencia" por quien no es padre, posibilidad excluida si se practica la pericia biológica. </s></p></div3>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Quinto. - </hi>En el caso que nos ocupa el demandado se ha negado rotundamente, en primera y en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica acordada por el Juez de primera instancia en período de prueba y por la Audiencia para mejor proveer. Las excusas -que no razones- en que intenta justificar su negativa son fútiles. Alega que el sometimiento a la prueba "supondría aceptación tácita de la existencia de relaciones sexuales con la actora" lo cual llevaría a la "inevitable ruptura matrimonial". Añade que "la realización de dicha prueba descartaría, sin duda alguna, la paternidad de mi mandante, pero ello no salvaría su matrimonio". La inanidad de tal argumentación y lo erróneo de su base no requiere ulterior comentario. Por lo que hace a la estimación de la prueba indiciaria es materia de exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora y sólo puede ser impugnada en casación cuando el resultado a que llegue sea absurdo, ilógico o inverosímil (Sta. de 26 de junio de 1.985, entre otras muchas) lo que, evidentemente, no es el caso. </s></p></div3>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Sexto. - </hi>El cuarto motivo de casación, también al amparo del nº 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, reitera la infracción del art. 1253 del Código civil en relación con los arts. 127 y 135 -cuya inaplicación al caso ya hemos considerado- así como infracción de la doctrina jurisprudencial al respecto. A lo ya dicho sobre la prueba indiciaria cabe añadir que en la época de la concepción del menor Arnau, actora y demandado formaban parte de un grupo de jóvenes de la Seu d'Urgell que salían juntos; hecho admitido por ambas partes y que demuestra no la existencia de relaciones sexuales entre los aquí litigantes pero sí su oportunidad, lo que reafirma si cabe la necesidad de que se hubiese practicado la prueba pericial pedida y acordada. </s></p></div3>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Séptimo. - </hi>El quinto y último motivo de casación denuncia infracción, por no aplicación, de los arts. 16 y 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/91 de 27 de abril, en relación con lo dispuesto en el art. 1253 del Código civil "ya que de las pruebas practicadas resulta como paternidad más probable la de persona distinta al demandado y, a pesar de ello, la sentencia recurrida declara la paternidad de mi principal". El art. 5.1 establece una presunción de paternidad no matrimonial para el varón que haya mantenido relaciones sexuales con la madre durante el período legal de la concepción. El art. 16 resuelve la hipotética alegación de *plurium concubentium* con criterios probabilísticos. La Audiencia razona correctamente que aún admitiendo en hipótesis las alegaciones acerca del mantenimiento de relaciones sexuales por parte de la actora con un tercero en la misma época ello no es motivo suficiente por sí solo para desestimar la demanda, afirmación concorde con lo dispuesto en los arts. 5 y 16 de la Ley de filiaciones que, por tanto, se han tenido en cuenta de manera correcta y que no hace sino reafirmar la importancia decisiva de la prueba hematológica. La actitud netamente obstruccionista y renuente a su práctica por parte del demandado, complementada, como dice la sentencia, "con el resto de las pruebas indirectas examinadas viene a reafirmar la conclusión probatoria favorable a la paternidad". En resumen, y como dijo este Tribunal en Sentencia de 25 de enero de 1.993, la Audiencia ha sacado las consecuencias correctas que deben seguirse a la negativa del hipotético progenitor a someterse a las pruebas biológicas sobre determinación de la paternidad y lo ha hecho en relación con las demás pruebas cuyo reexamen no es lícito en el recurso de casación. Finalmente, cabe destacar la plena coincidencia entre el Juzgado de Instrucción, la Audiencia Provincial y el Ministerio Fiscal. </s></p></div3>

<p><s><hi rend="bo"></hi>Octavo. - </hi>De conformidad con el art. 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil la desestimación total del recurso lleva consigo la imposición de las costas al recurrente y la pérdida del depósito constituido.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de pertinente aplicación. </s></p></div3>

<div3><p><s>En nombre del Rey y por la autoridad del pueblo español, </s></p></div3>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Que desestimando íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Santiago Puig de la Bellacasa y Vandellós en nombre y representación de D. Jorge A. V., contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida en fecha 29 de octubre de 1996, condenamos al recurrente al pago de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido.

Notifíquese y publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse los autos y rollo a la Sección de su procedencia.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

<head type=sub rend="bo">**Impugnació de la taxació de costes per indegudes: requisits de la minuta del lletrat.- Minuta del lletrat: improcedència del concepte assistència a l'acte de la vista i emissió d'un informe per tal de donar suport a la impugnació formulada, si no va assistir a la vista ni va informar a la Sala.** </head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels Magistrats que al marge s'esmenten, ha vist el present incident d'impugnació de taxació de costes promogut pel Procurador Sr. Francisco Javier Espadaler i Poch en nom dels germans Sra. Elisabet, Yolanda i Xavier Garrido Bonet dirigits pel lletrat Sr. Josep Ruz García; havent estat part demandada a l'incident el Sr. Jaume Garrido Fernández representat pel Procurador Sr. Ildefonso Lago Pérez, dirigit per l'advocat Sr. Joaquim Hortal Jodar, però en l'acte de la vista pel Sr. Joaquim Hortal Millán.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> El 10 d'abril de 1995, aquesta Sala va dictar Sentència en el recurs de cassació núm. 37/94 promogut pel Procurador Sr. Espadaler en nom i representació d'Elisabet, Iolanda i Xavier Garrido Bonet desestimant-lo i condemnant als esmentats germans a pagar les costes de l'expressada cassació. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> El 20 de febrer proper passat, el Procurador Sr. Lago Pérez va presentar escrit en el que demanava que es procedís a la taxació de les indicades costes acompanyant la minuta d'honoraris del seu advocat director Sr. Joaquim Hortal Jodar i la compte de drets i de despeses pròpies; havent acordat la Providència de la Sala de 27 del mateix mes, que fos practicada la taxació de costes, la qual cosa va fer la Sra. Secretària d'aquest Tribunal el 13 de març de 1997, resultant un total de 2.131.746 ptes. corresponents 2.085.970 ptes. a la minuta de l'advocat, i 45.776 ptes. a la compte del Procurador. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Donada vista de l'expressada taxació a la part condemnada al seu pagament, la mateixa la va impugnar per estimar indeguda tota la minuta de l'advocat, i subsidiàriament, excessiva. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> Ha estat tramitada la impugnació per indeguda per la via incidental; s'han acomplert les formalitats legals, i va senyalar-se la celebració de la vista demanada per la part impugnant pel dia 3 del present mes, data en la qual ambdues parts varen informar a la Sala d'acord amb sengles posicions. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuat com a Ponent el Magistrat de la Sala II-lm. Sr. Antoni Bruguera i Manté. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> La representació dels germans Elisabet, Iolanda i Xavier Garrido Bonet impugna per indeguda la partida de la taxació de costes que correspon a la minuta de l'advocat Sr. Joaquim Hortal Jodar que conté els següents conceptes:

- " Estudio del recurso de casación interpuesto de adverso.- Redacción escrito fundamentado impugnando dicho recurso.

"Asistencia al acto de la celebración de la vista y emisión de informe en apoyo de la impugnación formulada".

Per aquest dos conceptes, la minuta presentada quantifica l'import global de 1.798.250 ptes. més 287.720 ptes. d'IVA, o sia, en total, 2.085.970 ptes. sense que s'especifiqui l'import que correspon a cadascuna de les dues indicades partides.

</s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> La impugnant al·lega que és fals que el lletrat minutant hagués assistit a l'acte de la celebració de la vista i que hagués emès l'informe a la Sala que diu la minuta. El cert és -al·lega- que l'advocat minutant no es va presentar a la vista ni, per tant, va informar a la Sala. I addueix que, conseqüentment, és indegut aquest concepte de la minuta i tota ella ja que -afegeix- en haver-se presentat la minuta globalitzada sense detall de l'import de cada concepte, ara no es pot saber quina quantitat de la minuta global s'hauria de descomptar per la partida indeguda, per la qual cosa -conclou- s'ha de treure de la taxació tota la minuta. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Examinant l'acte de la vista del recurs (foli 66), es comprova la realitat de l'al·legació de la impugnant ja que el lletrat minutant Sr. Hortal Jodar no va assistir a l'acte de la vista, ni va poder, per tant, informar a la Sala per a rebatre el recurs de l'altre part.

Aquest Tribunal no pot acceptar l'al·legació que fa el lletrat minutant en l'escrit en el que refuta la impugnació de la minuta, on diu que al seu lloc va comparèixer com lletrat a l'acte de la vista el seu pare Sr. Hortal Millán, doncs no hi ha constància que aquest últim hagués comparegut substituïnt el seu fill, i, pel contrari, el que sí consta és que el Sr. Hortal Millán va comparèixer i actuar en nom propi com lletrat de la Sra. Isabel Fernández Fernández en la condició tant de recurrent (folis 25 al 29) com de part recorreguda (folis 54 al 58) impugnant a nom de la mateixa senyora el recurs dels tres germans Garrido Bonet; i en cap lloc apareix que el Sr. Hortal Millán hagués assumit la defensa del Sr. Jaume Garrido Fernández que portava el seu fill Sr. Hortal Jodar (folis 52 i 53), essent els interessos defensats per ambdós lletrats a la cassació coincidents (folis 53 i 58). De manera que no seria encertat que ara acceptéssim l'al·legació del Sr. Hortal Jodar quan expressa que el seu pare Sr. Hortal Millán va fer dos informes a la Sala com part recorreguda defensant el mateix, un per la seva defensada, la Sra. Isabel Fernández Fernández, i l'altre pel defensat del seu fill Sr. Hortal Jodar, el Sr. Jaume Garrido Fernández, perquè això no seria veritable, i per tant, aquest Tribunal no ho pot acceptar.

Hem de concloure, per tant, que ha d'estimar-se el motiu d'impugnació adduït i considerar com indeguda la partida de la minuta referent a la "Asistencia al acte de la vista y emisión de informe en apoyo de la impugnación formulada", doncs el Sr. Hortal Jodar no va assistir a la vista ni va informar a la Sala.

S'ha d'excloure per consegüent de la minuta, aquesta partida indeguda. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> I en ésser això com ho acabem de veure, cal ara entrar a analitzar la qüestió jurídica que ens planteja la impugnant quan defensa que en haver-se presentat la minuta globalitzada sense quantificar l'import de cada concepte, ara no és possible saber quina quantitat d'aquesta minuta global s'ha de descomptar per la partida indeguda, per la qual cosa, sosté, que hem de treure de la taxació *tota la minuta*. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** </hi> El Tribunal Suprem té dit que si bé és cert que la més recent doctrina proclama que l'art. 423 de la Llei d'enjudiciament civil exigeix la presentació de minuta detallada, no imposa en canvi que es consignin la quantia concreta que s'assigna a cada partida doncs aquesta ha de resultar indubtablement de l'aspecte proporcional assignable a cada partida per les corresponents normes (Sentències de 24 d'abril i 15 de juliol de 1991, de 31 de maig de 1995, 14 de maig i 11 de juliol de 1996, entre d'altres); havent declarat també el Tribunal Suprem, que aquesta doctrina es refereix, òbviament, a aquells supòsits en els quals els conceptes compresos en la minuta siguin tots ells procedents i reclamables, però no a aquells altres supòsits en els que es minuta per algun concepte improcedent, doncs en aquests altres supòsits resulta impossible determinar quina quantitat, dintre la global i única quantitat reclamada, deu ésser eliminada pel concepte indegudament minutat. En aquests altres supòsits -diu el Tribunal Suprem- s'ha d'excloure de la taxació tota la minuta (Sentències de 22 d'octubre 1990, 24 d'abril, 15 juliol i 16 desembre 1991, 12 de juliol de 1994, 31 de gener i 24 de març de 1995).

Però el mateix T. S. ha matisat aquesta doctrina en algunes de les ja esmentades sentències (i també, entre d'altres, a les de 31 de maig de 1995 i 14 de maig de 1996), tot dient que quan es formula la minuta citant la norma orientadora que regula els honoraris professionals del Col·legi d'Advocats, i aquesta norma estableix la proporcionalitat en la que el total minutat s'ha de distribuir entre les diferents actuacions processals en les que és necessària la intervenció d'advocat (com ho són les d'instrucció i la de preparació i assistència a la vista amb informe davant la Sala), si ha d'eliminar-se qualsevol dels conceptes per no ésser de procedent abonament, l'aplicació de la regla de proporcionalitat que conté la norma permet conèixer sense cap dubte la quantitat corresponent a la partida que ha d'excloure's de la taxació per no ser a càrrec del condemnat en costes; i en aquest cas, la simple aplicació de la norma permet saber quina és la quantitat que s'ha d'excloure de la minuta, i no procedeix en aquest cas treure-la tota de la taxació. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> I això és, precisament, el que succeeix al present cas: La minuta fa cita de la norma 99 de les dictades pel Consell dels Col·legis d'Advocats de Catalunya. I aquesta norma diu que els honoraris de la cassació es minutaran segons l'escala dels declaratius prenen com a base el 60% de la quantia. I si hi hagués vista oral, la base serà del 75% de la quantia.

La minuta impugnada pren com a base el 75% de la quantia que expressa tal com si l'advocat minutant hagués preparat, assistit a la vista i informat davant la Sala. Però com que això no va ésser així al present cas (com hem dit abans), procedirà excloure de la minuta el concepte indegut de la "preparació, assistència a la vista i informe a la Sala", amb la qual cosa la base a prendre als actuals efectes de resoldre la impugnació de la minuta per indeguda haurà de ser del 60% de la quantia que ella expressa, i no pas del 75% com ho ha fet la minuta, i en aquest sentit haurem d'estimar en part la impugnació per indeguda de la minuta repetida, havent-se de rectificar així la taxació; sense perjudici, òbviament, del que resulti i s'hagi d'apreciar a la impugnació per excessiva de la mateixa minuta, la qual cosa s'haurà de tramitar ulteriorment, com ja ho va dir la Providència d'aquesta Sala de 3 d'abril del corrent any. </s></p>

</div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Setè.** - </hi> No pot apreciar-se temeritat ni mala fe en la present impugnació, per la qual cosa cada part haurà de córrer amb les seves costes d'aquest incident. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Per tot l'anterior, en nom del Rei, i per l'autoritat que ens atorga la Constitució, </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**HEM DECIDIT**</head>

Estimar en part la impugnació per indeguda de la taxació de costes practicada per la Sra. Secretària judicial el 13 de març d'enguany en el sentit d'excloure de la minuta presentada per l'advocat Sr. Joaquim Hortal Jodar la partida corresponent a la "assistència al acto de la celebración de la vista y emisión de informe en apoyo de la impugnación formulada"; amb quina exclusió la base a prendre als actuals efectes de resoldre la impugnació de la minuta per indeguda, haurà de ser del 60% de la quantia que ella expressa, i no pas del 75% com ho fa la mateixa, havent de rectificar-se en aquest sentit la taxació; tot amb independència i sense perjudici del que pugui resultar de la impugnació per excessiva de l'esmentada minuta. No fem cap pronunciament sobre les costes del present incident d'impugnació de la taxació de costes.

Així ho pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<head type=sub rend="bo">**Impugnación de la tasación de costas por indebidas: requisitos de la minuta del Letrado.- Minuta del Letrado: improcedencia de la partida asistencia al acto de la vista y emisión de un informe en apoyo de la impugnación formulada, si no asistió a la vista ni informó ante la Sala.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, formada por los Magistrados expresados al margen, el presente incidente de impugnación de tasación de costas promovido por el Procurador D. Francisco Javier Espadaler Poch en nombre de los hermanos D^a. Elisabet, D^a Yolanda y D. Xavier Garrido Bonet dirigidos por el letrado D. Josep Ruz García; habiendo sido parte demandada en el incidente D. Jaume Garrido Fernández representado por el Procurador D. Ildefonso Lago Pérez, dirigido por el letrado D. Joaquim Hortal Jodar, pero en el acto de la vista por D. Joaquim Hortal Millán.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El 10 de abril de 1995, esta Sala dictó Sentencia en el recurso de casación nº 37/94 promovido por el Procurador Sr. Espadaler en nombre y representación de Elisabet, Yolanda y Xavier Garrido Bonet desestimándolo y condenando a los expresados hermanos a pagar las costas de la expresada casación. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>El 20 de febrero pasado, el Procurador Sr. Lago Pérez presentó escrito solicitando que se procediese a la tasación de las indicadas costas acompañando la minuta de honorarios de su abogado director D. Joaquim Hortal Jodar y la cuenta de derechos y de gastos propios; habiendo acordado la Providencia de la Sala de 27 del mismo mes, que fuese practicada la tasación de costas, lo cual hizo la Sra. Secretaria de este Tribunal el 13 de marzo de 1997, resultando un total de 2.131.746 pesetas correspondientes 2.085.970 pesetas a la minuta del abogado, y 45.776 pesetas a la cuenta del Procurador. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Dada vista de la expresada tasación a la parte condenada a su pago, la misma la impugnó por estimar indebida toda la minuta del abogado, y subsidiariamente, excesiva. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Tramitada la impugnación por indebida por la vía incidental; cumplidas las formalidades legales, señalándose la celebración de la vista solicitada por la parte impugnante para el 3 del presente mes, fecha en la que ambas partes informaron a la Sala de acuerdo con ambas posiciones. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Antonio Bruguera i Manté. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>La representación de los hermanos Elisabet, Yolanda y Xavier Garrido Bonet impugna por indebida la partida de la tasación de costas que corresponde a la minuta del abogado D. Joaquim Hortal Jodar conteniendo los siguientes conceptos:

“Estudio del recurso de casación interpuesto de adverso.- Redacción escrito fundamentado impugnando dicho recurso.”

“Asistencia al acto de la celebración de la vista y emisión de informe en apoyo de la impugnación formulada”.

Por estos dos conceptos, la minuta presentada cuantifica el importe global de 1.798.250 pesetas más 287.720 pesetas de IVA, o sea, en total, 2.085.970 pesetas, sin que se especifique el importe que corresponde a cada una de las dos indicadas partidas. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>La impugnante alega que es falso que el letrado minutante hubiese asistido al acto de la celebración de la vista y que hubiese emitido informe a la Sala que dice la minuta. Lo cierto es -alega- que el abogado minutante no se presentó en la vista ni, por tanto, informó a la Sala. Y aduce que, consiguientemente, es indebido este concepto de la minuta y toda ella ya que -añade- al haberse presentado la minuta globalizada sin detalle del importe de cada concepto, ahora no puede saberse qué cantidad de la minuta global se tendría que descontar por la partida indebida, por lo cual -concluye- tiene que sacarse de la tasación toda la minuta. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Examinando el acto de la vista del recurso (folio 66), se comprueba la realidad de la alegación de la impugnante ya que el letrado minutante Sr. Hortal Jodar no asistió el acto de la vista, ni pudo, por tanto, informar a la Sala para rebatir el recurso de la otra parte.

Este Tribunal no puede aceptar la alegación que hace el letrado minutante en el escrito en el que rechaza la impugnación de la minuta, donde dice que en su lugar compareció como letrado en el acto de la vista su padre, Sr. Hortal Millán, puesto que no hay constancia de que este último hubiese comparecido sustituyendo a su hijo, y, por el contrario, lo que sí consta es que el Sr. Hortal Millán compareció y actuó en nombre propio como letrado de D^a. Isabel Fernández Fernández en la condición tanto de recurrente (folios 25 al 29) como de parte recurrida (folios 54 al 58) impugnando en nombre de la misma señora el recurso de los tres hermanos Garrido Bonet; y en ningún lugar aparece que el Sr. Hortal Millán hubiese asumido la defensa del Sr. Jaime Garrido Fernández que llevaba su hijo Sr. Hortal Jodar (folios 52 y 53), siendo los intereses defendidos por ambos letrados en la casación coincidentes (folios 53 y 58). De modo que no sería acertado que ahora aceptásemos la alegación del Sr. Hortal Jodar cuando expresa que su padre Sr. Hortal Millán hizo dos informes a la Sala como parte recurrida defendiendo lo mismo, uno para su defendida, D^a. Isabel Fernández Fernández, y el otro para el defendido de su hijo Sr. Hortal Jodar, D. Jaime Garrido Fernández, porque ello no sería verdadero, y por tanto, este Tribunal no lo puede aceptar.

Tenemos que concluir, por tanto, que tiene que desestimarse el motivo de impugnación aducido y considerar como indebida la partida de la minuta referida a la "Asistencia al acto de la vista y emisión de informe en apoyo de la impugnación formulada", puesto que el Sr. Hortal Jodar no asistió a la vista ni informó a la Sala.

Tiene que excluirse por consiguiente de la minuta, esta partida indebida. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Y al ser esto como acabamos de ver, hay que entrar ahora a analizar la cuestión jurídica que nos plantea la impugnante cuando defiende que al haberse presentado la minuta globalizada sin cuantificar el importe de cada concepto, ahora no es posible saber qué cantidad de este minuta global tiene que descontarse por la partida indebida, por lo cual, sostiene, tenemos que excluir de la tasación toda la minuta. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>El Tribunal Supremo tiene dicho que si bien es cierto que la más reciente doctrina proclama que el art. 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la presentación de minuta detallada, no impone en cambio que se consigne la cuantía concreta que se asigna a cada partida puesto que ésta tiene que resultar indudablemente del aspecto proporcional asignable a cada partida por las correspondientes normas (Sentencias de 24 de abril y 15 de julio de 1991, de 31 de mayo de 1995, 14 de mayo y 11 de julio de 1996, entre otras); habiendo declarado también el Tribunal Supremo, que esta doctrina se refiere, obviamente, a aquellos supuestos en los que los conceptos comprendidos en la minuta sean todos ellos procedentes y reclamables, pero no a aquellos otros supuestos en los que se minuta por algún concepto improcedente, pues en estos otros supuestos resulta imposible determinar qué cantidad, dentro de la global y única cantidad reclamada, debe ser eliminada por el concepto indebidamente minutado. En estos otros supuestos -dice el Tribunal Supremo- tiene que excluirse de la tasación toda la minuta (Sentencias de 22 de octubre 1990, 24 de abril, 15 de julio y 16 de diciembre 1991, 12 de julio de 1994, 31 de enero y 24 de marzo de 1995).

Pero el mismo T. S. ha matizado esta doctrina en algunas de las ya expresadas sentencias (y también, entre otras, a las de 31 de mayo de 1995 y 14 de mayo de 1996), diciendo que cuando se formula la minuta citando la norma orientadora que regula los honorarios profesionales del Colegio de Abogados, y esta norma establece la proporcionalidad en la que el total minutado tiene que distribuirse entre las diferentes actuaciones procesales en las que es necesaria la intervención de abogado (como lo son las de instrucción y la de preparación y asistencia a la vista con informe ante la Sala), si tiene que eliminarse cualquiera de los conceptos por no ser de pago procedente, la aplicación de la regla de proporcionalidad contenida en la norma permite conocer sin duda la cantidad correspondiente a la partida que tiene que excluirse de la tasación por no ser a cargo del condenado en costas; y en este caso, la simple aplicación de la norma permite saber cuál es la cantidad que tiene que excluirse de la minuta, y no procede en este caso excluirla toda de la tasación. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>Y ello es, precisamente, lo que sucede en el presente caso: La minuta cita la norma 99 de las dictadas por el Consejo de los Colegios de Abogados de Cataluña. Y esta norma dice que los honorarios de la casación se minutarán según la escala de los declarativos tomando como base el 60% de la cuantía. Y si hubiese vista oral, la base será del 75% de la cuantía.

La minuta impugnada toma como base el 75% de la cuantía que expresa tal como si el abogado minutante hubiese preparado, asistido a la vista e informado ante la Sala. Pero como ello no fue así en el presente caso (como hemos dicho antes), procederá excluir de la minuta el concepto indebido de la "preparación, asistencia a la vista e informe a la Sala", con lo cual la base a tomar a los actuales efectos de resolver la impugnación de la minuta por indebida tendrá que ser del 60% de la cuantía que ella expresa, y no del 75% como lo ha hecho en la minuta, y en este sentido tenemos que estimar en parte la impugnación por indebida de la minuta repetida, teniéndose que rectificar así la tasación, sin perjuicio, obviamente, de lo que resulte y se tenga que apreciar en la impugnación por excesiva de la misma minuta, lo cual se tendrá que tramitar ulteriormente, como ya lo dijo la Providencia de esta Sala de 3 de abril del corriente año. </s></p></div3>

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** - </hi>No puede apreciarse temeridad ni mala fe en la presente impugnación, por lo cual cada parte tendrá que correr con sus costas en el presente incidente. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad otorgada por la Constitución,

</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Estimar en parte la impugnación por indebida de la tasación de costas practicada por la Sra. Secretaria Judicial el 13 de marzo del corriente en el sentido de excluir de la minuta presentada por el abogado D. Joaquim Hortal Jodar la partida correspondiente a la “asistencia al acto de la celebración de la vista y emisión de informe en apoyo de la impugnación formulada”; con cuya exclusión la base a tomar a los actuales efectos de resolver la impugnación de la minuta por indebida, tendrá que ser del 60% de la cuantía que ella expresa, y no del 75% como lo hace la misma, teniendo que rectificarse en este sentido la tasación; todo con independencia y sin perjuicio de lo que pueda resultar de la impugnación por excesiva de la expresada minuta. Sin hacer ningún pronunciamiento sobre las costas del presente incidente de impugnación de la tasación de costas.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>
</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 8 DE JULIOL DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Jordi Solà i Canals / Maria Tejedor i Inglés </head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió: naturalesa jurídica.- Recurs de revisió en cas de documents decisius que han estat detinguts per força major o per obra de la part adversa: requisits.- Recurs de revisió en cas de maquinacions fraudulentas: requisits.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats al marge expressats, el present procés civil de recurs extraordinari de revisió, interposat pel Sr. Jordi Sola Canals, representat pel procurador Sr. José Joaquim Pérez Calvo i defensat pel lletrat Sr. Ramón Contijoch, respecte de la sentència ferma dictada per la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Barcelona, per la qual es confirmava la del Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Badalona, dictada en les actuacions de judici de cognició, sobre resolució de relació arrendatària per part de la Sra. María Tejedor Inglés, propietària de l'habitatge d'actuacions, situat a Badalona, pis primer de la finca del carrer San Rafael núm. 41. Hi ha comparegut com a demandada l'esmentada Sra. María Tejedor Inglés, representada pel procurador Sr. Josep Manel Puig Abós i dirigida pel lletrat Sr. Ramon Fontdevila Font.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> En data 22 d'octubre de 1996 es va presentar en aquesta Sala la demanda del recurs extraordinari de revisió que s'ha ressenyat a la capçalera, en el qual va comparèixer com a part demandada la Sra. María Tejedor Inglés, que oportunament va impugnar-lo per via de contestació i oposició la demanda esmentada. </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Seguits els tràmits successius conforme al que s'ha establert per a la substanciació dels incidents en la Llei d'enjudiciament civil, i practicades les proves proposades i admeses, van quedar les actuacions judicials a la vista per dictar sentència, sense que cap de les parts sol·licités la celebració de vista pública. </s></p>
 </div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Ha informat el Ministeri Fiscal a l'efecte de l'art. 1.802 de la Llei d'enjudiciament civil; es va assenyalar la votació per al dia 7 dels corrents, la qual va tenir lloc a la sala d'audiència d'aquest Tribunal. </s></p>
 </div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent l'Excm. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Es va exercir el seu dia per la Sra. María Tejedor Inglés judici de cognició en reclamació de resolució de contracte d'arrendament d'habitatge, a causa de necessitat, contra el Sr. Jorge Solá Canals, avui recurrent, davant el Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 3 de Badalona, que va dictar sentència estimatòria. Contra la sentència esmentada es va interposar un recurs i la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Barcelona la va confirmar en data 23 de juliol de 1996. En definitiva, s'al·legava per la Sra. María Tejedor la necessitat de recuperar l'habitatge llogat al demandat per ser ocupat pel seu nét, Ferran Ruiz Bigas, que anava a contraure matrimoni. El recurrent en revisió al·lega ara haver sabut, a través d'un informe de l'agència de detectius BSI., que el marit de l'actora, Juan Bigas Colomer, era propietari d'una finca situada a Badalona, com la reclamada, composta de dues cases, amb planta baixa i pis cada una d'elles, segons descripció registral que adjunta, proporcionada pel Registre de la propietat núm. 1 de Badalona. Tot això serveix de base al recurrent per invocar els motius 1r i 4t de l'art. 1796 de la LEC, a l'objecte de rescindir "Les sentències dictades en aquell procediment". </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> A banda de la desraó de fons que presideix tot el recurs, i encara admetent que es dirigeix tan sols a rescindir la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (art. 1.796, inici, i Sentències del TS de dates 9 de juny de 1975, 22 de juny de 1992, entre moltes altres), els dos motius revisionals al·legats per la part no poden en absolut prosperar.

S'invoca, en primer terme, el contingut del núm. 1r de l'art. 1796 de la LEC, és a dir, haver recobrat documents decisius, detinguts per força major, o per obra de la part en favor del qual s'hagués dictat la sentència ferma objecte de recurs. En aquest cas no s'ha recobrat cap document, ni el document presentat es trobava detingut per força major o per obra de la contrapart. El recurs es basa en haver descobert, a través d'una agència de detectius, una propietat registralment inscrita. Si el document al qual es refereix la part recurrent és l'informe de l'agència esmentada, és obvi que hagués pogut obtenir-se al llarg de tot el procés, sense esperar a tenir una sentència ferma en contra. Si el document, en canvi, és la certificació del Registre de la propietat, resulta també evident que estava al seu abast en qualsevol moment de l'*iter* processal (així Sentències de 29 de juliol de 1991; 25 de març de 1992; 3 de desembre de 1993, etc.). Però, en qualsevol cas, és definitiu que ni l'un ni l'altre es trobaven detinguts, això és, retinguts, per l'altra part o a causa de força major.

S'invoca, en segon terme, el núm. 4t de l'art. 1796 de la pròpia LEC, o sigui l'existència de maquinació fraudulenta en virtut de la qual s'ha guanyat la sentència. Es fonamenta en l'ocultació de l'existència de la finca en qüestió, als efectes de ser tinguda en compte a l'hora de valorar la necessitat d'ocupar la que va ser objecte de resolució contractual. Sense entrar a ponderar el fons de la *litis*, que no és aquest lloc adequat, ha de destacar-se que l'actora no va ocultar la finca propietat del seu marit, per altra banda, com s'ha dit, inscrita en un registre públic. Simplement, no la va relacionar en la demanda per no ser requisit necessari per al debat contenciós. No era causa de posposició, en no tractar-se d'una casa de pisos un dels quals era el reclamat (art. 64 de la LAU de 1964); ni era finca pròpia, sinó del seu marit amb qui està casada en règim de separació de béns. I encara hi ha més, ni tan sols consta la situació i característiques dels pisos que es tracta.

La revisió no és una tercera instància. És un remei excepcional i extraordinari encaminat a destruir la presumpció de veritat que a la cosa jutjada atribueix l'art. 1251.2 del Codi civil i pretén, com s'ha dit (Sentència d'1 de febrer de 1993), la rescissió d'una sentència ferma, deixant imprejutjada la qüestió litigiosa, quan existeixin fets aliens al procés i que han ocorregut fora, que han provocat una lesió o gravamen, en resultar el material del plet incomplet o inegudament aportat. Cap d'aquestes condicions no es produeix en aquest cas. Jutjat i Audiència van comptar amb tot el material probatori necessari; no es va produir lesió jurídicament tutelable i la part recurrent ha aportat, en un moment extemporani i en un últim esforç dilatori, una documentació vana i no decisiva. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Tot l'anterior condueix a la desestimació del recurs entaulat i a la imposició a la recurrent de les costes causades, per la seva temeritat i mala fe, amb pèrdua del dipòsit constituït. </s></p>

</div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">PART DISPOSITIVA</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que desestimem el recurs de revisió formulat per la representació processal del Sr. Jordi Solà Canals pel qual es pretenia la rescissió de la sentència ferma dictada per la Secció 13a de l'Audiència Provincial de Barcelona, de data 23 de juliol de 1996, que confirmava la dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Badalona en actuacions de judici de cognició núm. 184/95, seguides a instàncies de la Sra. Maria Tejedor Inglés; amb expressa imposició de les costes causades al recurrent i a la pèrdua del dipòsit constituït. Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.

Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Jorge Solá Canals / María Tejedor Inglés</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Texto original </head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión: naturaleza jurídica.- Recurso de revisión en caso de documentos decisivos detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte adversa: requisitos.- Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas: requisitos.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados al margen expresados, el presente proceso civil de recurso extraordinario de revisión, interpuesto por D. Jordi Solà Canals, representado por el Procurador D. José Joaquín Pérez Calvo y defendido por el Letrado D. Ramón Contijoch, respecto de la sentencia firme dictada por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se confirmaba la del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Badalona, dictada en autos de juicio de Cognición, sobre resolución de relación arrendaticia por parte de Dª. María Tejedor Inglés, propietaria de la vivienda de autos sita en Badalona, piso primero de la finca de la calle San Rafael nº 41. Ha comparecido como demandada la referida Dª. María Tejedor Inglés, representada por el Procurador D. Josep Manel Puig Abós y dirigido por el Letrado D. Ramon Fontdevila Font.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>En fecha 22 de Octubre de 1.996 se presentó en esta Sala la demanda del recurso extraordinario de revisión que se ha reseñado en la cabecera, en el cual compareció como parte demandada Dª. María Tejedor Inglés, quien oportunamente impugnó por vía de contestación y oposición la referida demanda. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi> Seguidos los trámites sucesivos conforme a lo establecido para la sustanciación de los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y practicadas las pruebas propuestas y admitidas, quedaron los autos a la vista para dictar sentencia, sin que ninguna de las partes solicitara celebración de vista pública. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi> Ha informado el Ministerio Fiscal a los efectos del art. 1802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y señalada la votación para el día siete de los corrientes, la misma tuvo lugar en la Sala de audiencia de este Tribunal. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Se ejercitó en su día por doña María Tejedor Inglés juicio de cognición en reclamación de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por causa de necesidad contra don Jorge Solá Canals, hoy recurrente, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Badalona, recayendo en el mismo sentencia estimatoria. Recurrída que fue la sentencia, la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la confirmó en fecha 23 de julio de 1996. En definitiva, se alegaba por doña María Tejedor la necesidad de recuperar la vivienda alquilada al demandado para ser ocupada por su nieto, don Ferran Ruiz Bigas, que iba a contraer matrimonio. El recurrente en revisión alega ahora haber venido en conocimiento, a través de un informe de la Agencia de Detectives B.S.I., que el marido de la actora, don Juan Bigas Colomer, era propietario de una finca sita en Badalona, como la reclamada, compuesta de dos casas, con planta baja y piso cada una de ellas, según descripción registral que adjunta, proporcionada por el Registro de la Propiedad núm. 1 de Badalona. Todo ello sirve de base al recurrente para invocar los motivos 1º y 4º del art. 1796 de la LEC, al objeto de rescindir "*Las Sentencias recaídas en aquel procedimiento*". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Aparte la sinrazón de fondo que preside todo el recurso y aún admitiendo que el mismo se dirige tan sólo a rescindir la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (art. 1796, inicio, y sentencias del TS de fechas 9 de junio de 1975, 22 de junio de 1992, entre muchas otras), los dos motivos revisionales alegados por la parte no pueden en absoluto prosperar.

Se invoca, en primer término, el contenido en el núm. 1º del art. 1796 de la LEC, esto es, haber *recobrado documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado* la sentencia firme objeto de recurso. En el caso presente no se ha *recobrado* ningún documento, ni el documento presentado se hallaba *detenido* por fuerza mayor o por obra de la contraparte. El recurso se apoya en haber *descubierto*, a través de una Agencia de Detectives, una propiedad registralmente inscrita. Si el documento a que se refiere la parte recurrente es el Informe de la dicha Agencia, obvio es que el mismo hubiera podido obtenerse a lo largo de todo el proceso, sin esperar a tener en su contra una sentencia firme. Si el documento, en cambio, es la certificación del Registro de la Propiedad, resulta también evidente que estaba a su alcance en cualquier momento del *iter* procesal (así sentencias de 29 de julio de 1991, 25 de marzo de 1992, 3 de diciembre de 1993, etc.). Pero, en cualquier caso, es definitivo que ni uno ni otro se encontraban *detenidos*, esto es, retenidos, por la otra parte o por causa de fuerza mayor.

Se invoca, en segundo término, el núm. 4º del art. 1796 de la propia LEC., o sea la existencia de *maquinación fraudulenta* en virtud de la cual se ha ganado la sentencia. Se fundamenta en la ocultación de la existencia de la finca en cuestión, a los efectos de ser tenida en cuenta a la hora de valorar la necesidad de ocupar la que fue objeto de resolución contractual. Sin entrar a ponderar el fondo de la litis, que no es éste lugar adecuado, ha de destacarse que la actora no *ocultó* la finca propiedad de su marido, por lo demás, como se ha dicho, inscrita en un Registro público. Simplemente, no la relacionó en la demanda por no ser requisito necesario para el debate contencioso. No era causa de posesión, al no tratarse de una casa de pisos uno de los cuales era el reclamado (art. 64 de la LAU de 1964); ni era finca propia, sino de su marido con el que está casada en régimen de separación de bienes. Y aún hay más, ni siquiera consta la situación y características de los pisos de que se trata.

La revisión no es una tercera instancia. Es un remedio excepcional y extraordinario encaminado a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el art. 1251.2 del Código Civil y pretende, como se ha dicho (sent. 1 de febrero de 1993), la rescisión de una sentencia firme, dejando imprejuzgada la cuestión litigiosa, cuando existan hechos ajenos al proceso y ocurridos fuera del mismo, que han provocado una lesión o gravamen, al resultar el material del pleito incompleto o indebidamente aportado. Ninguna de estas condiciones se produce en el presente. Juzgado y Audiencia contaron con todo el material probatorio necesario; no se produjo lesión jurídicamente tutelable y la parte recurrente ha aportado, en momento extemporáneo y en último esfuerzo dilatorio, una documentación inane y no decisiva. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Todo lo anterior conduce a la desestimación del recurso entablado y a la imposición a la recurrente de las costas causadas, por su temeridad y mala fe, con pérdida del depósito constituido. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Desestimamos el recurso de revisión formulado por la representación procesal de D. Jordi Solà Canals por el que se pretendía la rescisión de la sentencia firme dictada por la Sección 13ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 23 de Julio de 1.996 que confirmaba la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Badalona en autos de juicio de cognición nº 184/95, seguidos a instancia de Dª. María Tejedor Inglés; con expresa imposición de las costas causadas al recurrente y pérdida del depósito constituido. Contra esta resolución no se da recurso alguno.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 17 DE JULIOL DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Rosa M. Borau i Calero / Gilma-Lucía Caycedo i Eylers*</head>
 <head type=sub rend="bo">*B) Traducció*</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió: naturalesa jurídica i finalitats.- Recurs de revisió en cas de maquinacions fraudulentas.- Maquinacions fraudulentas: noció.- Citació a termini per edictes: requisits.- Tutela judicial efectiva.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats expressats al marge, aquest procés civil de recurs extraordinari de revisió, interposat per la Sra. Rosa M. Borau Calero, representada pel procurador Sr. Antonio M. d'Anzizu Furest i defensada pel lletrat Sr. Manuel Serra Domínguez, respecte de la sentència ferma dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 25 de Barcelona en actuacions del judici de menor quantia núm. 1012/92, sobre reclamació de quantitat, seguides per la Sra. Gilma-Lucía Caycedo Eylers contra els hereus ignorats del Sr. Sebastián Pedret Martí. Ha comparegut com a demandada la Sra. Gilma-Lucía Caycedo Eylers, representada per la procuradora Sra. Francisca Bordell Sarro i defensada pel lletrat José M. Pijuán Balcells, no hi van de comparèixer els també demandats, herència jacent i hereus ignorats del Sr. Sebastián Pedret Martí, citats per mitjà d'edictes i declarats en rebel·lia.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> En data 8 de gener de 1997, es va presentar en aquesta Sala la demanda del recurs extraordinari de revisió que s'ha ressenyat a la capçalera, en el qual va comparèixer com a part demandada la Sra. Gilma-Lucía Caycedo Eylers, que oportunament va impugnar per via de contestació la demanda esmentada. I no havent comparegut els altres demandats, herència jacent i hereus ignorats del Sr. Sebastián Pedret Martí, se'ls va declarar en rebel·lia i es va tenir per preclòs el tràmit de contestació a la demanda, el plet va seguir el seu curs i les notificacions es van fer a les estrades. </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Seguits els tràmits successius, conforme al que estableix per a la substanciació dels incidents la Llei d'enjudiciament civil, i practicades les proves proposades i admeses, van quedar les actuacions judicials a la vista per dictar sentència, sense que cap de les parts sol·licités la celebració de vista pública. </s></p>
 </div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El Ministeri Fiscal va emetre el seu informe, a l'efecte de l'art. 1802 de la Llei d'enjudiciament civil, i es va assenyalar la votació per al dia 14 dels corrents, la qual va tenir lloc a la sala d'audiències d'aquest Tribunal Superior. </s></p>
 </div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent l'Excm. Sr. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> La part recurrent pretén la rescissió de la sentència de data 26 de novembre de 1992, dictada per la magistrada titular del Jutjat de Primera Instància número 25 de Barcelona, en el judici de menor quantia número 1612/92, instat per la Sra. Gilma-Lucía Caycedo Eylers contra l'herència jacent i els hereus ignorats del Sr. Sebastián Pedret Martí. La sentència esmentada, dictada en rebel·lia de la part demandada, va estimar íntegrament la demanda interposada i va condemnar la part esmentada al pagament a l'actora de 3.604.556 pessetes, més els interessos legals. La part recurrent basa la seva sol·licitud de revisió en la causa 4a de l'art. 1796 de la LEC, més concretament, en l'existència d'una maquinació fraudulenta que va donar lloc a la impossibilitat de conèixer la interposició de la demanda i el curs del procediment, la qual cosa va provocar al final una sentència injusta estimatòria, dictada *inaudita parte*. En definitiva, diu la part que va ser citada en forma edictal, però que la demandant en el judici de primera instància coneixia o va poder conèixer fàcilment el domicili de l'avui recurrent, hereva del Sr. Sebastián Pedret. </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> L'anterior reconduïx a una afirmació de principi: tota qüestió que es refereixi al fons de la *litis* i que comporti valorar la bondat o incorrecció de la decisió de primera instància, com així succeeix amb el llarg antecedent que conté el recurs de revisió i amb la pràctica totalitat de la seva contestació, ha de ser vorejada per aquesta Sala, que només pot tenir-la en compte als efectes de determinar si la maquinació revelada -cas d'existir- ha estat decisiva en la resolució del plet, requisit aquest d'unànime exigència jurisprudencial (Sentències, entre d'altres, de 30 de maig de 1989; 4 d'abril de 1990 i 15 d'octubre del mateix any). La revisió, com s'ha dit i repetit pel nostre Tribunal Suprem (Sentències 25 de gener i 16 d'abril de 1996, per exemple), no és una tercera instància. Es tracta d'un recurs o remei de caràcter extraordinari i excepcional encaminat a destruir la presumpció de cosa jutjada i que deixa imprejutjada la qüestió litigiosa, en tant que existeixen fets aliens al procés i que s'han format fora del procés que han produït una lesió o gravamen processal en resultar incomplet el material del plet, o indègudament aportat o mal constituïda la relació juridicoprocessal (veure Sentència d'1 de febrer de 1993).

Un dels casos més típics, o que es produeixen amb major freqüència davant els tribunals, és aquest últim: la dissimulació o ocultació del vertader domicili del demandat a fi que no conegui la interposició de l'acció. Es tracta d'una autèntica maquinació fraudulenta, en el sentit que destaca el numeral 4t de l'art. 1796 de la LEC, encara que no comporta tot un complex artifici dissimuladori; és suficient només l'argúcia o ardit encaminat a traslladar a l'òrgan judicial el presumpte desconeixement del lloc en el qual ha de ser citat el demandat, i provocar així una citació edictal quasi sempre inútil i, amb això, la indefensió de la contrapart. En aquest sentit es pronuncien nombrosíssimes sentències del nostre més alt tribunal (20 de març de 1990; 18 de gener de 1991; 8 de juny de 1992; 26 de juliol de 1993; 17 i 23 d'abril de 1996, etc.). Es dóna aquí, doncs, un supòsit no només d'incorrecta constitució de la relació juridicoprocessal sinó, a més, de vulneració de drets fonamentals, en la mesura que s'impedeix l'exercici dels drets de plena defensa i de tutela judicial efectiva, constitucionalment protegits. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Atès al que s'ha dit anteriorment, s'ha d'entrar a examinar si, en el cas enjudiciat, es donen les circumstàncies i condicions damunt dites, això és: que es tracti d'un judici seguit en rebel·lia de la part demandada, que hagi estat citada en forma edictal, que l'actora coneixia o podia conèixer fàcilment el domicili de la demandada i que hi hagi connexió entre ambdós fets, o, el que és el mateix, que l'ocultació domiciliar va ser decisiva a l'hora de decidir-se el plet sense l'audiència d'una de les parts. Doncs bé, tots aquests elements es donen amb plenitud en l'esdeveniment estudiat. El judici de menor quantia núm. 1012 /92 es va seguir, com s'ha dit, en rebel·lia de la part demandada, herència jacent i hereus ignorats del Sr. Sebastián Pedret Martí i va acabar amb decisió condemnatòria. La part actora, ara apel·lada, Sra. Gilma-Lucía Caycedo, va sol·licitar en la seva demanda la "citació a termini mitjançant la publicació d'edictes", cosa que va ser acordada pel Jutjat de Primera Instància núm. 25 de Barcelona en una provisió de data 23 de juliol de 1992, i els edictes es van publicar al Butlletí Oficial de la Província de Barcelona el 8 de setembre del mateix any.

Es dóna el cas, tanmateix, que la Sra. Gilma-Lucía Caycedo havia treballat en l'agència de viatges Mitre i eren socis de l'entitat propietària el Sr. Sebastián Pedret i la Sra. Rosa María Borau Calero, avui recurrent; que la Sra. Caycedo va conviure maritalment amb el Sr. Sebastián fins a l'any 1984 aproximadament, al pis situat en el carrer Travessera de les Corts núm. 265-267, 7è, 2a, de Barcelona, precisament el pis, del pagament del qual deriva el deute reclamat i; on després va passar a conviure el Sr. Pedret amb la Sra. Rosa María Borau. Totes aquestes circumstàncies eren conegudes per la Sra. Lucía Caycedo, segons es dedueix de la confessió en judici retuda davant aquesta Sala. Consta també que la Sra. esmentada coneixia l'existència de dues filles de Sebastián Pedret, suposadament successores d'ell. Finalment, consta, per certificació municipal, que en el padró d'habitants, corresponent a l'1 de març de 1991, apareixen inscrits en el pis de la Travessera de les Corts el Sr. Sebastián Pedret i la Sra. Rosa M. Borau Calero i en el d'1 de març de 1996 només la Sra. Rosa M. Borau.

Resulta difícil sostenir, amb l'anterior, que la Sra. Gilma-Lucía Caycedo conegués la condició d'hereva de la Sra. Rosa Borau, sobretot tenint en compte que el testament del Sr. Sebastián Pedret data de 27 de gener de 1989, tanmateix una mínima diligència li hagués indicat la conveniència de dirigir les citacions als hereus ignorats al domicili del causahavent, únic, a més, conegut per ella, perquè precisament d'ell naixia el deute reclamat (absolució de la posició dinovena) i d'aquesta manera hauria complert amb el principi de lleialtat processal proclamable a tot litigant. No ho va fer així, va ocultar el domicili que fins a 1991 -data de la seva mort- havia estat el del testador i va optar pel camí fàcil de la citació edictal. D'aquesta forma es va impedir que tant l'avui recurrent -nomenada hereva del repetit Sr. Pedret- com les filles legítimes d'ell s'oposessin a l'acció reclamatòria i, encara que és obvi que avui no pugui conèixer-se quin camí hagués pres el plet constituït regularment, és obvi que amb això es va eliminar la possibilitat de defensa i el coneixement ple de les pretensions deduïbles per les parts, raó per la qual ha d'estimar-se el recurs i rescindir-se la sentència de primera instància. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> No s'aprecia temeritat ni mala fe a l'oposició al recurs i no es fa expressa imposició de les costes causades. No s'acorda la devolució del dipòsit constituït. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>En consideració a tot el que s'ha exposat</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que estima el recurs de revisió entaulat pel Sr. Antonio María de Anzizu Furest, en nom i representació de la Sra. Rosa María Borau Calero. Rescindim la sentència ferma de data 26 de novembre de 1992 dictada en el judici de menor quantia núm. 1012/92, seguit davant el Jutjat de Primera Instància núm. 25 de Barcelona, a instàncies de la Sra. Gilma Lucia Caycedo Eylers contra herència jacent i hereus ignorats del Sr. Sebastián Pedret Martí, tot això sense fer expressa imposició de les costes causades. Torneu el dipòsit constituït.

S'ha d'expedir una certificació d'aquesta sentència i tornar les actuacions judicials al Tribunal d'on procedeixen perquè les parts usin el seu dret, segons els convingui en el judici corresponent.

Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Rosa Mª Borau Calero / Gilma-Lucía Caycedo Eylers* </head>
 <head type=sub rend="bo">A) *Texto original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión: naturaleza jurídica y finalidades.- Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas.- Maquinaciones fraudulentas: concepto.- Citación por edictos: requisitos.- Tutela judicial efectiva.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente proceso civil de recurso extraordinario de revisión, interpuesto por Dª. Rosa Mª Borau Calero, representada por el Procurador D. Antonio Mª. de Anzizu Furest y defendida por el Letrado D. Manuel Serra Domínguez, respecto de la sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Barcelona en autos de juicio de menor cuantía nº 1.012/92, sobre reclamación de cantidad, seguidos por Dª Gilma-Lucía Caycedo Eylers contra los ignorados herederos de D. Sebastián Pedret Martí. Ha comparecido como demandada la referida Dª Gilma-Lucía Caycedo Eylers, representada por la Procurador Dª Francisca Bordell Sarro y defendida por el Letrado D. José Mª Pijuán Balcells, y dejaron de comparecer los también demandados herencia yacente e ignorados herederos de D. Sebastián Pedret Martí, citados por medio de edictos, declarados en rebeldía.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>En fecha 8 de enero de 1997 se presentó en esta Sala la demanda del recurso extraordinario de revisión que se ha reseñado en la cabecera, en el cual compareció como parte demandada Dª Gilma-Lucía Caycedo Eylers, quien oportunamente oportunamente impugnó por vía de contestación la referida demanda. Y no habiendo comparecido los otros demandados herencia yacente e ignorados herederos de D. Sebastián Pedret Martí, se les declaró en rebeldía dándose en cuanto a los mismos por precluido el trámite de contestación a la demanda, siguiendo el pleito su curso y haciéndoles las notificaciones en los estrados. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Seguidos los trámites sucesivos conforme a lo establecido para la sustanciación de los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y practicadas las pruebas propuestas y admitidas, quedaron los autos a la vista para dictar sentencia, sin que ninguna de las partes solicitara celebración de vista pública. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi> Ha informado el Ministerio Fiscal a los efectos del art. 1802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y señalada la votación para el día catorce de los corrientes, la misma tuvo lugar en la sala de audiencias de este Tribunal Superior. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Se pretende por la parte recurrente la rescisión de la sentencia de fecha 26 de noviembre de 1992, dictada por la Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Barcelona, en juicio de menor cuantía número 1612 / 92, instado por doña Gilma Lucía Caycedo Eylers contra la herencia yacente y los ignorados herederos de don Sebastián Pedret Martí. Dicha sentencia, dictada en rebeldía de la parte demandada, estimó íntegramente la demanda interpuesta y condenó a la indicada parte al pago a la actora de 3.604.556 pesetas, más los intereses legales.

La parte recurrente basa su solicitud de revisión en la causa 4ª del art. 1796 de la LEC., más concretamente, en la existencia de una maquinación fraudulenta que dió lugar a la imposibilidad de conocer la interposición de la demanda y la vertencia del procedimiento, provocando al final una sentencia injusta estimatoria, dictada *inaudita* parte. En definitiva, dice la parte, fue citada en forma edictal siendo así que la demandante en el juicio de primera instancia conocía o pudo conocer fácilmente el domicilio de la hoy recurrente, heredera de don Sebastián Pedret. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">Segundo. - </hi>Lo anterior reconduce a una afirmación de principio: toda cuestión que se refiera al fondo de la litis y que suponga valorar la bondad o incorrección del Fallo de primera instancia, como así sucede con el largo antecedente que contiene el recurso de revisión y con la práctica totalidad de su contestación, ha de ser orillada por esta Sala, que sólo puede tenerla en cuenta a los efectos de determinar si la maquinación revelada -caso de existir- ha sido **decisiva** en orden a la resolución del pleito, requisito éste de unánime exigencia jurisprudencial (sents., entre otras, de 30 de mayo de 1989, 4 de abril de 1990 y 15 de octubre del mismo año). La revisión, como se ha dicho y repetido por nuestro Tribunal Supremo (sents. 25 de enero y 16 de abril de 1996, por ejemplo), no es una tercera instancia. Se trata de un recurso o remedio de carácter extraordinario y excepcional, encaminado a destruir la presunción de cosa juzgada y que deja imprejuzgada la cuestión litigiosa, en tanto existen hechos ajenos al proceso y formados fuera del mismo, que han producido una lesión o gravamen procesal al resultado incompleto el material del pleito o indebidamente aportado o mal constituida la relación jurídico-procesal (ver sent. 1 de febrero de 1993).

Uno de los casos más típicos, o que se producen con mayor frecuencia ante los Tribunales, es este último: la disimulación u ocultación del verdadero domicilio del demandado a fin de que el mismo no conozca la interposición de la acción. Se trata de una auténtica maquinación fraudulenta, en el sentido que destaca el numeral 4º del art. 1796 de la LEC., aunque no suponga todo un complejo artificio disimulador; bastando sólo la argucia o ardid encaminado a trasladar al órgano judicial el presunto desconocimiento del lugar en que ha de ser citado el demandado, provocando así una citación edictal casi siempre inútil y con ello la indefensión de la contraparte. En este sentido se pronuncian numerosísimas sentencias de nuestro más alto Tribunal (20 de marzo de 1990, 18 de enero de 1991, 8 de junio de 1992, 26 de julio de 1993, 17 y 23 de abril de 1996, etc.). Se da aquí, pues, un supuesto no sólo de incorrecta constitución de la relación jurídico-procesal, sino, además, de **vulneración de derechos fundamentales**, en la medida en que se impide el ejercicio de los derechos de plena defensa y de tutela judicial efectiva, constitucionalmente protegidos. </s></p></div3>

<p><s><hi rend="bo">Tercero. - </hi>A la luz de lo anterior debe entrar a examinarse si, en el caso enjuiciado, se dan las circunstancias y condiciones antedichas, esto es: que se trate de un juicio seguido en rebeldía de la parte demandada, que las citaciones a la misma se hayan hecho en forma edictal, que la actora conocía o podía conocer fácilmente el domicilio de la demandada y que hay conexidad entre ambos hechos, o, lo que es lo mismo, que la ocultación domiciliar fue decisiva a la hora de fallarse el pleito sin la audiencia de una de las partes. Pues bien, todos estos elementos se dan con plenitud en el evento estudiado. El juicio de menor cuantía núm. 1012 / 92 se siguió, como se ha dicho, en rebeldía de la parte demandada, herencia yacente e ignorados herederos de don Sebastián Pedret Martí y terminó con Fallo condenatorio. La parte actora, ahora recurrida, doña Gilma Lucía Caycedo, solicitó en su demanda el “emplazamiento mediante la publicación de edictos” y así lo acordó el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona en proveído de fecha 23 de julio de 1992, publicándose aquéllos en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona el 8 de septiembre del mismo año.

Se da el caso, sin embargo, que doña Gilma Lucía Caycedo había trabajado en la Agencia de Viajes Mitre, siendo socios de la entidad propietaria don Sebastián Pedret y doña Rosa María Borau Calero, hoy recurrente; que la Sra. Caycedo convivió maritalmente con don Sebastián hasta el año 1984 aproximadamente, en el piso sito en calle Travessera de les Corts nº 265-267, 7º, 2ª, de Barcelona, precisamente el piso de cuyo pago deriva la deuda reclamada y; que después pasó a convivir el Sr. Pedret con doña Rosa María Borau. Todas estas circunstancias eran conocidas por doña Lucía Caycedo, según se deduce de la confesión en juicio rendida ante esta Sala. Consta también que la indicada Sra. conocía la existencia de dos hijas de don Sebastián Pedret, supuestamente sucesoras del mismo. Finalmente, consta, por certificación municipal, que en el Padrón de Habitantes correspondiente al 1 de marzo de 1991 aparecen inscritos en el piso de la Travessera de les Corts don Sebastián Pedret y doña Rosa M. Borau Calero y en el de 1 de marzo de 1996 solamente doña Rosa M. Borau.

Resulta difícil sostener, con lo anterior, que doña Gilma Lucía Caycedo conociera la condición de heredera de doña Rosa Borau, máxime teniendo en cuenta que el testamento de D. Sebastián Pedret data de 27 de enero de 1989, sin embargo **una mínima diligencia** le hubiera indicado la conveniencia de dirigir las citaciones a los ignorados herederos al domicilio del causahabiente, único, por lo demás, conocido por ella, porque precisamente de él nacía la deuda reclamada (absolución de la posición decimonovena) y de ese modo habría cumplido con el principio de lealtad procesal proclamable a todo litigante. No lo hizo así, ocultó el domicilio que hasta 1991 -fecha de su fallecimiento- había sido el del testador y optó por el camino fácil de la citación edictal. De esta forma se impidió que tanto la hoy recurrente -nombrada heredera del repetido Sr. Pedret- cuanto las hijas legitimarias del mismo se opusieran a la acción reclamatoria y aunque es obvio que hoy no pueda conocerse qué sesgo hubiera tomado el pleito constituido regularmente, es palmario que, con ello, se eliminó la posibilidad de defensa y el conocimiento pleno de las pretensiones deducibles por las partes, razón por la cual ha de estimarse el recurso y rescindirse la sentencia de primera instancia. </s></p></div3>

<p><s><hi rend="bo">Cuarto. - </hi>No apreciándose temeridad ni mala fe en la oposición al recurso, no se hará expresa imposición de las costas causadas, debiendo acordarse la devolución del depósito constituido. </s></p></div3>

<div3><p><s><En atención a todo lo expuesto</s></p></div3>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Que estimando el recurso de revisión entablado por D. Antonio María de Anzizu Furest, en nombre y representación de doña Rosa María Borau Calero, rescindimos la sentencia firme de fecha 26 de noviembre de 1992 recaída en juicio de menor cuantía núm. 1012 / 92, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona, a instancias de doña Gilma Lucía Caycedo Eylers contra herencia yacente e ignorados herederos de don Sebastián Pedret Martí, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas. Devuélvase el depósito constituido.

Expídase certificación del presente FALLO, devolviéndose los autos al Tribunal de que proceden, para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. </s></p></div3>

Así por ésta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </s></p></div3></div2>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 21 DE JULIOL DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Joan Noé i Fornells / Joan Rodón i Bonany</head>

<head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Rescissió per lesió: determinació del preu lesiu.- Prova pericial.- Prova documental: extemporaneïtat.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats expressats al marge, el recurs de cassació contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Setzena de l'Audiència Provincial de Barcelona, com a conseqüència de les actuacions del judici declaratiu ordinari de menor quantia, seguides davant el Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Mataró, sobre rescissió de contracte de compravenda per lesió *ultra dimidium*. El recurs va ser interposat pel Sr. Joan Noé Fornells, representat per la procuradora Sra. M. Carmen Martínez de Sas i defensat pel lletrat Sr. Raúl Martos Beltrán. La part apel·lada és el Sr. Juan Rodón Bonany, representat pel procurador Sr. Jaime Bordell Cervelló i defensat pel lletrat Sr. Joan Balaguer Viladecas.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> La procuradora dels tribunals Sra. Martínez de Sas, actuant en nom i representació del Sr. Joan Noé Fornells, va formular demanda de judici declaratiu de menor quantia que per torn de repartiment va correspondre al Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Mataró, contra el Sr. Juan Rodón Bonany, en la qual va exposar els fets i fonaments de dret que va estimar d'aplicació. Admesa la demanda, es va citar el demandat, que va comparèixer en el temps i la forma legals. Seguit el judici pels seus tràmits legals, amb data 7 de maig de 1994 el Jutjat esmentat va dictar sentència, la part dispositiva de la qual és com segueix: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Juan Noé Fornells, representado por el Sr. Procurador de los Tribunales D. M. Pilar Martínez: y asistidos del Sr. letrado D. Raul Martos, en ejercicio de acción de rescisión de contrato de compraventa por lesión ultra dimidium contra D. Juan Rodón Bonany, representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Mestres Coll asistidos del Sr. letrado D. Joan Balaguer DEBO DECLARAR Y DECLARO rescindida la compraventa realizada por las partes sobre la finca que se describe en el razonamiento jurídico primero de esta resolución, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, debiendo el actor devolver al demandado el precio de 35.000.000- más los intereses legales desde la interposición de la demanda podrá el demandado evitar la rescisión completando el precio de dicha finca mediante la entrega al actor de la cantidad de 66.146.131- de pesetas, más los intereses legales, desde el siete de enero de mil novecientos noventa y tres. Firme que sea la presente resolución, de no ejecutar el demandado la opción que le asiste, y una vez que conste pagada o consignada por el actor la cantidad antes expresada, librese testimonio literal de esta sentencia, en el que se hará constar el dato de consignación o pago con el fin de que sirva de título suficiente para cancelar las correspondientes menciones registrales que han podido causar la compraventa objeto del proceso". </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> - Contra la sentència esmentada, la part demandada va interposar recurs d'apel·lació, que va ser admès en ambdós efectes, i se'n va substanciar l'alçada. La Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar Sentència amb data 12 de juny de 1996, la part dispositiva de la qual és del tenor literal següent: "FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por don Juan Rodón Bonany contra la sentencia de fecha siete de mayo de 1994 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de los de Mataró en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma en su integridad, y en su lugar desestimamos íntegramente la demanda promovida por don Juan Noé Fornells con imposición de las del recurso". </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> La procuradora Sra. María del Carmen Martínez de Sas, en nom i representació del Sr. Joan Noé Fornells, va formalitzar recurs de cassació per infracció de normes de dret civil comú i dret civil de Catalunya, que basava en els motius següents:

1r) A l'empara del que estableix l'art. 1692, paràgraf 1 LEC, per infracció de l'art. 1694 i següents de la LEC, en relació amb l'art. 361 LEC i l'art. 11.3 LOPJ i per infracció dels articles 402 i següents en relació amb l'art. 361 LEC i l'art. 11.3 LOPJ.

2n) A l'empara del que estableix l'art. 1692 paràgraf 3r de LEC per infracció dels art. 359; 361, en relació amb l'art. 513 de la LEC, art. 11.3; 238.3 i 240 LOPJ; art. 120.3 i 24 Constitució espanyola i per infracció dels art. 342; 510 i 513 LEC, que vigeixen als actes i garanties processals.

3r) A l'empara del que estableix l'art. 1692, paràgraf 4t de la LEC, per inaplicació dels art. 321 i 323, paràgraf 2n de la Compilació de dret civil de Catalunya, en relació amb la inaplicació o aplicació indeguda de l'art. 632 de la LEC i l'art. 1243 de Codi civil i per infracció de jurisprudència. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> Per provisió de data 15 de maig passat, es va tenir per preparat el recurs de cassació per la representació del Sr. Joan Noé Fornell, i es van comunicar les actuacions al Ministeri Fiscal, a les finalitats de l'art. 1709 de la LEC, el qual va evacuar el trasllat conferit mitjançant escrit de data 27 del mateix mes en el sentit de considerar procedent l'admissió a tràmit d'aquest recurs. Per provisió de data 2 de juny últim, es va admetre a tràmit el recurs presentat per la procurador Sra. M. Carmen Martínez de Sas i es va concedir el termini de 20 dies perquè es formalitzés escrit d'impugnació per la part contrària. Per provisió de data 30 del mes passat, es va tenir per evacuat el tràmit d'impugnació i es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 13 del mes en curs a les 10 del matí. </s></p></div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent l'Excm. Sr. Guillermo Vidal i Andreu. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Els dos primers motius d'aquest recurs de cassació no fan referència a la sentència d'instància, sinó a suposades vulneracions de procediment produïdes a l'Audiència Provincial, al sí del recurs d'apel·lació que ha originat aquest recurs i que mereixen una sèrie de consideracions.

La Secció 16a de l'Audiència Provincial, una vegada rebudes les actuacions del judici de menor quantia núm. 142/93 procedents del Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Mataró, en virtut del recurs d'apel·lació entaulat i comparegudes les parts citades, va assenyalar dia per a la vista i, un cop realitzada, va dictar diligència per proveir millor i va ordenar que es dugués a terme la prova pericial per un enginyer agrònom i un arquitecte, per tal de determinar el valor en venda el gener de 1993 del terreny agrícola de la finca de les actuacions i dels diferents elements constructius que s'hi troben. Es va practicar la doble prova pericial i es van emetre els corresponents dictàmens a presència de les parts. De conformitat amb el que disposa l'art. 342 de la LEC, la part apel·lant va formular per escrit les al·legacions sobre l'abast de les pericials efectuades i la part apel·lada va fer el mateix, però amb aportació de diversos documents. Impugnada la presentació en aquest tràmit dels documents per diligència d'ordenació es va ordenar tornar-los a la part que els havia presentat i així es va fer. Seguidament la Secció de l'Audiència va dictar sentència. A l'*interin* la part apel·lada havia presentat, davant el jutjat de guàrdia, un escrit en què sol·licitava la "revisió" de la diligència d'ordenació; revisió que es va denegar per una provisió de la Secció. La part esmentada va preparar, a continuació, aquest recurs de cassació i, en data posterior, va presentar, davant la Secció de l'Audiència recurs de súplica contra la provisió denegatòria de la revisió, recurs que va ser desestimat per interlocutòria, contra la qual al seu torn va preparar la part recurs de cassació davant la Sala Primera del Tribunal Suprem per infracció de drets constitucionals. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> De l'anterior es dedueix el que al principi es deia, això és, que aquest recurs s'encamina, en els seus dos primers motius, a impugnar la bondat de la tramitació processal seguida davant la Secció 16a de l'Audiència, contra la qual té preparat recurs de cassació i no ataca -perquè no pot atacar- l'*iter* que va conduir al dictat d'aquella. Així, el recurrent basa el primer motiu en l'ordinal 1r de l'art. 1692 de la LEC, defecte a l'exercici de la jurisdicció, per infracció de l'art. 1694 de la mateixa Llei, en relació amb l'art. 361 també de la LEC i l'11.3 de la LOPJ, i per infracció dels 402 i següents, en relació amb el 361 de la LEC i el 11 3 de la LOPJ. I el segon motiu el basa en l'ordinal 3r de l'art. 1692 de la LEC, per infracció de les normes reguladores de la sentència. articles 359 i 361, en relació amb el 513 de la LEC, art. 11.3; 238.3 i 240 de la LOPJ i art. 120.3 i 24 de la Constitució espanyola: i per infracció de les normes que regeixen en els actes i garanties processals, art. 342; 507; 510 i 513 de la LEC i 24 de la Constitució espanyola. Només la lectura dels preceptes indicats ja indica que cap d'ells es refereix a la sentència objecte de cassació, ni a la seva formació i l'examen dels motius concrets profusament explicats pel recurrent confirma que, a desgrat de tenir interposat recurs de cassació, pretén en primer lloc, que l'Audiència es pronunciés sobre la regularitat del procediment i, en segon terme, que ho faci ara aquest tribunal de cassació. Els motius cassacionals han de ser, doncs, planament desestimats i sense entrar al seu estudi de fons, que s'entreveu, a més, insatisfactori per al recurrent, perquè sobre ells haurà de pronunciar-se, en el seu cas, el Tribunal Suprem. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El tercer motiu de cassació -aquest sí referit a la sentència- s'empara a l'ordinal 4t de l'art. 1692 de la LEC, per infracció de les normes contingudes en els articles 321 i 323, paràgraf segon, de la Compilació de dret civil de Catalunya, en relació amb la inaplicació o aplicació indeguda de l'art. 632 de la LEC i de l'art. 1243 del Codi civil, d'una banda; i per infracció de la jurisprudència amb citació de diverses sentències del Tribunal Suprem i d'aquest mateix Tribunal Superior, per una altra.

Els motius adduïts tenen una única finalitat: atacar la prova pericial efectuada en diligència per proveir millor, que òbviament no va afavorir els interessos de la part recurrent. Per això, amén de realitzar-ne una anàlisi crítica, la recurrent addueix que no s'ha tingut en compte l'element comparatiu que prescriu el segon paràgraf, *in fine*, de l'art. 323 de la Compilació de dret civil de Catalunya, que, efectivament, preveu com a forma de fixar el "preu just" el que la doctrina ha denominat element de confrontació, això és, la tècnica de comparar el valor de la finca amb altres que presentin anàlogues característiques a la localitat. Apareix ara, doncs, la lògica en la insistència de la part per presentar la documentació que justament li va ser rebutjada -per intempestiva- tant per l'Audiència Provincial com per aquesta Sala, documentació amb la qual es pretenia la comparació de preus.

El doble motiu cassacional ha de també ser desestimat. Aquesta Sala ha tingut ocasió de pronunciar-se molt recentment sobre aquests concrets aspectes en la seva Sentència de data 19 de juny passat i ho ha fet amb la rotunditat precisa. Admet la sentència que l'element comparatiu, al qual al·ludeix la Llei catalana, no és en absolut menyspreable per conformar el preu just discutit, però que no pot equiparar-se a cap supòsit de prova legal amb força per vincular al jutge ni reduir la seva capacitat de lliure apreciació del conjunt probatori i recorda, a més, que així s'havia dit ja en Sentències de 20 d'octubre i 21 de desembre de 1992, en aquesta última s'assenyalava que l'element comparatiu conformava en realitat un criteri orientatiu, semblant a un element interpretatiu normatiu i que no comportava la seva conversió en exigència de concurrència inexcusable, ja que una posició tal conduiria a fer impossible l'aplicació del precepte quan no es donés tal element de confrontació.

A l'anterior, prou cloent, han d'unir-se dues circumstàncies que afecten al cas concret. La primera és l'extemporaneïtat de la presentació dels documents a què s'ha fet referència constant i que apunta a fer notar la impossibilitat actual d'acudir a l'element comparatiu. Sobre això ha d'observar-se que en cap moment dels dos terminis probatoris, de què va gaudir a les instàncies, el recurrent va sol·licitar la prova documental i només ho va fer quan, com ja li va dir el tribunal d'apel·lació, no era el moment adequat processalment. No hi ha, consegüentment, paràmetres adequats ara per fer l'anàlisi confrontativa. De tota manera tampoc resulta inútil recordar que a l'acta d'emissió de dictamen del perit arquitecte Sr. Alfonso Pons Bofill consta el següent extrem: "Que els valors en mercat de les finques a la zona del Maresme els ha consultat el perit a diversos APIS que treballen a la zona i a l'Ajuntament de Cabrera".

La segona circumstància es basa en la bondat i correcció de la prova pericial efectuada en segona instància, en diligència per a proveir millor, com es va dir, i per perits insaculats a l'atzar, de resultat contrari, com també s'ha dit, a la practicada en primera instància per un expert, la recusació del qual es va intentar en el seu moment. Com se sap, la prova de pericial s'aprecia pels tribunals d'instància, d'acord amb les regles de la sana crítica (art. 632 de la LEC) i no es permet la impugnació cassacional de la valoració esmentada, llevat que aparegui com a contrària a la racionalitat i a la lògica. Així ho expressen les Sentències, entre d'altres, de 13 de febrer de 1990; 29 de gener de 1991; 15 de juliol de 1992; 2 de novembre de 1993 i 11 d'octubre de 1994. Doncs bé, en el cas d'aquestes actuacions, les dues proves pericials realitzades, una per un arquitecte superior i una altra per un enginyer agrònom, revesteixen tots els elements de convicció que resulten aptes per apreciar la seva congruència i rigor científic, sense que en absolut puguin titllar-se d'irreflexives, incompletes o injustificades; ara bé, de l'examen d'aquestes i, sobretot, de la seva quasi coincidència en el resultat, molt allunyat del peritatge d'instància, s'arriba a la conclusió de la seva correcció formal i material.

És per tot això que el recurs, en aquest últim doble motiu, tampoc no pot prosperar. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> De conformitat amb el que estableix l'art. 1715 de la LEC, en no declarar-se la procedència de cap motiu del recurs, escau la imposició de costes a la part recurrent. </s></p></div3>

<div3><p><s>Per tant, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara: Que desestimem el recurs de cassació formulat per la procuradora Sra. María del Carmen Martínez de Sas, en representació processal del Sr. Joan Noé Fornells, contra la sentència dictada per la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona en data 12 de juny de 1996. Condemnem la part recurrent al pagament de les costes causades en aquest recurs. Notifiquem aquesta resolució a les parts personades i publiquem-la d'acord amb dret. Trameteu el rotlle i les actuacions a la Sala de procedència, amb testimoniatge d'aquesta resolució. Així ho va acordar la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Juan Noé Fornells / Juan Rodón Bonany</head>

<head type=sub rend="bo">A) *Texto original* </head><head type=sub rend="bo">**Rescisión por lesión: determinación del precio lesivo.- Prueba pericial.- Prueba documental: extemporaneidad**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Décimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mataró, sobre rescisión de contrato de compraventa por "lesión ultradimidium"; cuyo recurso fue interpuesto por D. Joan Noe Fornells, representado por la Procurador D. M^a. Carmen Martínez de Sas y defendido por el Letrado D. Raúl Martos Beltrán; siendo parte recurrida D. Juan Rodon Bonany, representado por el Procurador D. Jaime Bordell Cervelló y defendido por el letrado D. Joan Balaguer Viladecas.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.-** </hi> El Procurador de los Tribunales Sra. Martínez de Sas, actuando en nombre y representación de D. Joan Noe Fornells formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía que en turno de reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mataró, contra D. Juan Rodón Bonany, en la que expuso los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación. Admitida la demanda se emplazó al demandado, compareciendo en tiempo y forma. Seguido el juicio por sus trámites legales, con fecha 7 de mayo de 1994, el mencionado Juzgado dictó sentencia, cuya parte dispositiva es como sigue: " FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Juan Noe Fornells, representado por el Sr. Procurador de los Tribunales D. M^a. Pilar Martínez, y asistidos del Sr. Letrado D. Raúl Martos, en ejercicio de acción de rescisión de contrato de compraventa por lesión ultra dimidium, contra D. Juan Rodón Bonany, representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Mestres Coll, asistidos del Sr. letrado D. Joan Balaguer DEBO DECLARAR Y DECLARO rescindida la compraventa realizada por las partes sobre la finca que se describe en el razonamiento jurídico primero de esta resolución, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, debiendo el actor devolver al demandado el precio de 35.000.000.- más los intereses legales desde la interposición de la demanda podrá el demandado evitar la rescisión completando el precio de dicha finca mediante la entrega al actor de la cantidad de 66.146.131.- de pesetas, más intereses legales desde el siete de enero de mil novecientos noventa y tres. Firme que sea la presente resolución, de no ejercitar el demandado la opción que le asiste, y una vez que conste pagada o consignada por el actor la cantidad antes expresada, librese testimonio literal de esta sentencia, en el que se hará constar el dato de consignación o pago, con el fin de que sirva de título suficiente para cancelar las correspondientes menciones registrales que han podido causar la compraventa objeto del proceso." </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.-** </hi>Contra la indicada sentencia la parte demandada interpuso recurso de apelación y admitido el mismo en ambos efectos, y sustanciándose la alzada, la Sección 16^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 1996, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por don Juan Rodón Bonany contra la sentencia de fecha siete de mayo de 1994 dictada por el Juzgado de 1^a Instancia numero 5 de los de Mataró, en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma en su integridad, y, en su lugar, desestimamos íntegramente la demanda promovida por don Juan Noé Fornells con imposición de las del recurso." </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.-** </hi>El Procurador D^a María del Carmen Martínez de Sas, en nombre y representación de D. Joan Noe Fornells, formalizó recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil común y Derecho civil de Cataluña, que basaba en los motivos siguientes:

1º.- Al amparo de lo previsto en el art. 1692, párrafo 1 LEC, por infracción del art. 1694 y ss. LEC en relación con el art. 361 LEC y el art. 11.3 L.O.P.J. y por infracción de los arts. 402 y ss. en relación con el art.361 LEC y el art. 11.3 L.O.P.J.

2º.- Al amparo de lo previsto en el art. 1692 párrafo 3 de LEC por infracción de los art. 359, 361 en relación con el art. 513 de la LEC, art. 11.3, 238.3 y 240 L.O.P.J.; art. 120.3 y 24 Constitución Española y por infracción de los art. 342, 510 y 513 LEC, que rigen los actos y garantías procesales.

3º.- Al amparo de lo previsto en el art. 1692, párrafo 4 de la LEC, por inaplicación del art. 321 y 323 párrafo 2º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, en relación con la inaplicación o aplicación indebida del art. 632 de la LEC y el art. 1243 de. Código civil y por infracción de jurisprudencia. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** </hi>Por providencia de fecha 15 de mayo pasado se tuvo por preparado recurso de casación por la representación de D. JOAN NOE FORNELL, y se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los fines del art. 1709 de la LEC, el cual evacuó el traslado conferido mediante escrito de fecha 27 del mismo mes en el sentido de considerar procedente la admisión a trámite del presente recurso. Por providencia de fecha 2 de junio último, se admitió a trámite el recurso presentado por la Procurador D^a. M^a Carmen Martínez de Sas y se concedió el plazo de 20 días para que se formalizara escrito de impugnación por la parte contraria. Por providencia de fecha 30 del mes pasado, se tuvo por evacuado el trámite de impugnación y se señaló para la VOTACIÓN y FALLO para el día 10 del mes en curso a las 10 de su mañana. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente, D. GUILLERMO VIDAL ANDREU. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** </hi> Los dos primeros motivos de este recurso de casación no hacen referencia a la sentencia de instancia, sino a supuestas vulneraciones de procedimiento producidas en la Audiencia Provincial, en el seno del recurso de apelación de que trae causa el presente recurso. Merecen una serie de consideraciones.

La Sección 16^a de la Audiencia Provincial, una vez recibidos los autos de juicio de menor cuantía núm. 142 / 93 procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mataró en virtud del recurso de apelación entablado, y comparecidas que fueron las partes emplazadas, señaló día para la vista y, celebrada ésta, dictó diligencia para mejor porveer ordenando practicar prueba pericial por un Ingeniero Agrónomo y un Arquitecto, con objeto de determinar el valor en venta, en enero de 1993, del terreno agrícola de la finca de autos y de los distintos elementos constructivos que se hallan en la misma. Se practicó la doble prueba pericial y se emitieron los correspondientes dictámenes a presencia de las partes. De conformidad con lo dispuesto en el art. 342 de la LEC., la parte apelante formuló por escrito alegaciones acerca del alcance de las periciales efectuadas y la parte apelada hizo lo propio, pero con aportación de diversos documentos. Impugnada la presentación en este trámite de los documentos, por diligencia de ordenación se mandó devolver los mismos a la parte presentante y así se hizo. Seguidamente la Sección de la Audiencia dictó sentencia. En el *interin* la parte apelada había presentado, ante el Juzgado de Guardia, escrito solicitando la “revisión” de la diligencia de ordenación; revisión que se denegó por proveído de la Sección. Dicha parte preparó, a continuación, el presente recurso de casación y, en fecha posterior, presentó, ante la Sección de la Audiencia recurso de súplica contra la providencia denegatoria de la revisión, recurso que fué desestimado por Auto, contra el que, a su vez, preparó la parte recurso de casación para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por infracción de derechos constitucionales. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** </hi> De lo anterior se deduce lo que al principio se decía, esto es, que el presente recurso se encamina, en sus dos primeros motivos, a impugnar la bondad de la tramitación procesal seguida ante la Sección 16^a de la Audiencia, contra la que tiene preparado recurso de casación, y no ataca - porque no puede atacar - el *iter* que condujo al dictado de aquella. Así, el primer motivo lo basa el recurrente en el ordinal 1^o del art. 1692 de la LEC., defecto en el ejercicio de la jurisdicción, por infracción del art. 1694 de la misma Ley, en relación con el art. 361 también de la LEC y el 11.3 de la LOPJ, y por infracción de los 402 y sgts, en relación con el 361 de la LEC y el 11.3 de la LOPJ. Y el segundo motivo lo basa en el ordinal 3^o del art. 1692 de la LEC., por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, arts. 359 y 361, en relación con el 513 de la LEC, arts. 11.3, 238.3 y 240 de la LOPJ y arts. 120.3 y 24 de la Constitución española; y por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, arts. 342, 507, 510 y 513 de la LEC y 24 de la Constitución española.

Sólo la lectura de los preceptos indicados ya indica que ninguno de ellos se refiere a la sentencia objeto de casación ni a la formación de la misma y el examen de los concretos motivos profusamente explicados por el recurrente confirma que, pese a tener interpuesto recurso de casación, pretende, en primer lugar, que la Audiencia se hubiera pronunciado sobre la regularidad del procedimiento y, en segundo término, que lo haga ahora este Tribunal de Casación. Los motivos casacionales han de ser pues, llanamente, desestimados y sin entrar en su estudio de fondo, que se vislumbra, además, insatisfactorio para el recurrente, pues sobre ellos habrá de pronunciarse, en su caso, el Tribunal Supremo. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** </hi>El tercer motivo de casación -este sí referido a la sentencia- se ampara en el ordinal 4^o del art. 1692 de la LEC., por infracción de las normas contenidas en los arts. 321 y 323, párrafo segundo, de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, en relación con la inaplicación o aplicación indebida del art. 632 de la LEC y del art. 1243 del Código civil, por un lado; y por infracción de la jurisprudencia, con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo y de este propio Tribunal Superior, por otro.

Los motivos aducidos tienen una única finalidad: atacar la prueba pericial efectuada en diligencia para mejor proveer, que obviamente no favoreció los intereses de la parte recurrente. Para ello, amén de realizar un análisis crítico de la misma, la recurrente aduce que no se ha tenido en cuenta el elemento comparativo que prescribe el segundo párrafo, *in fine*, del art. 323 de la Compilación de derecho civil de Catalunya, que, efectivamente, prevé como forma de fijar el “precio justo” lo que la doctrina ha denominado elemento de confrontación, esto es, la técnica de comparar el valor de la finca con otras que presenten análogas características en la localidad. Aparece ahora, pues, la lógica en el empeñamiento de la parte en orden a presentar la documentación que justamente le fue rechazada -por intempestiva- tanto por la Audiencia Provincial como por esta Sala, documentación con la que se pretendía la comparación de precios.

El doble motivo casacional ha de ser también desestimado. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse muy recientemente sobre estos concretos aspectos en su sentencia de fecha 19 de junio pasado y lo ha hecho con la rotundidad precisa. Admite la sentencia que el elemento comparativo a que alude la Ley catalana, con no ser en absoluto despreciable para conformar el precio justo discutido, no puede equipararse a ningún supuesto de **prueba legal** con fuerza para vincular al Juez ni reducir su capacidad de libre apreciación del conjunto probatorio y recuerda, además, que así se había dicho ya en sentencias de 20 de octubre y 21 de diciembre de 1992, en cuya última se señalaba que el elemento comparativo conformaba en realidad un criterio orientativo, semejante a un elemento interpretativo normativo, no comportando su conversión en exigencia de concurrencia inexcusable, pues una tal posición llevaría a hacer imposible la aplicación del precepto cuando no se diera tal elemento de confrontación.

A lo anterior, suficientemente concluyente, han de unirse dos circunstancias que afectan al caso concreto. La primera recae sobre la extemporaneidad de la presentación de los documentos a que se ha hecho constante referencia y apunta a hacer notar la imposibilidad actual de acudir al elemento comparativo. Al respecto debe observarse que en ningún momento de los dos términos probatorios de que gozó en las instancias el recurrente solicitó la prueba documental y sólo lo hizo cuanto el resultado de la prueba pericial le fue desfavorable, momento que, como ya le dijo el Tribunal de Apelación, no era el adecuado procesalmente. Se carece, consiguientemente, de parámetros adecuados ahora para hacer el análisis confrontativo. De todos modos tampoco resulta vano recordar que en el Acta de emisión de dictamen del perito Arquitecto D. Alfonso Pons Bofill consta el siguiente extremo: "*Que los valores en mercado de las fincas en la zona del Maresme los ha consultado el perito a través de de diversos APIS que trabajan en la zona y en el Ayuntamiento de Cabrera*".

La segunda circunstancia se apoya en la bondad y corrección de la prueba pericial efectuada en segunda instancia, en diligencia para mejor proveer, como se dijo, y por peritos insaculados al azar, de resultado contrario, como también se ha dicho, a la practicada en primera instancia por perito cuya recusación se intentó en su momento. Como se sabe, la prueba de peritos se aprecia por los Tribunales de instancia de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 632 de la LEC.) y no se permite la impugnación casacional de dicha valoración a menos que la misma aparezca como contraria a la racionalidad y a la lógica. Así lo expresan las sent., entre otras, de 13 de febrero de 1990, 29 de enero de 1991, 15 de julio de 1992, 2 de noviembre de 1993 y 11 de octubre de 1994. Pues bien, en el caso de autos, las dos pruebas periciales realizadas, una por Arquitecto Superior y otra por Ingeniero Agrónomo, revisten cuantos elementos de convicción resultan aptos para apreciar su congruencia y rigor científico, sin que en absoluto puedan tildarse de irreflexivas, incompletas o injustificadas; antes bien, del examen de las mismas y, sobretudo, de su casi coincidencia en el resultado, muy alejado del peritaje de instancia, se llega a la conclusión de su corrección formal y material.

Es por todo ello que el recurso, en este último doble motivo, tampoco puede prosperar. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** </hi> De conformidad con lo dispuesto en el art. 1715 de la LEC., al no declararse la procedencia de ningún motivo del recurso, procede la imposición de costas a la parte recurrente. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por consiguiente</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que desestimamos el recurso de casación formulado por la Procuradora doña María del Carmen Martínez de Sas, en representación procesal de D. Joan Noé Fornells, contra la sentencia dictada por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 12 de junio de 1996, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso. Notifíquese a las partes personadas y publíquese con arreglo a derecho. Remítase el Rollo y Autos a la Sala de procedencia, con testimonio de la presente resolución.

Así por ésta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA D'1 DE SETEMBRE DE 1997**</head>
<head type=sub rend="bo">*M. Dolors Galindo i altres / Carme Ribera i Llangort i altres*</head>
<head type=sub rend="bo">A) *Text original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Partició hereditària: finalitats.- Diferències entre la partició hereditària i la divisió de cosa comuna.- Partició convencional de l'herència: persones legitimades per a practicar-la.- Divisió de cosa comuna: naturalesa jurídica i requisits.- Declaració de voluntat contractual de forma tàcita o en virtut d' actes concloents.- Congruència.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'esmenten damunt, ha vist el recurs de cassació interposat contra la sentència que la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida va dictar en grau d'apel·lació, com a conseqüència de les actuacions del judici declaratiu de menor quantia, sobre divisió o repartiment de determinats béns d'herències. Van interposar el recurs els demandants senyors M. Dolores, Eladio Carlos, Jesús M., M. Lourdes, M. Àngela i Francisco Javier Galindo Llangort, els senyors M. Francisca, José M. i M. Elena Galindo Palau, i la senyora M. Lourdes Monrós Galindo, tots aquests representats pel procurador dels tribunals Sr. Santiago Puig de Bellacasa i Bandellós i defensats pel lletrat Sr. Jaume Ribes i Corta. La part recorreguda són els germans senyors Carmen, José, M. Lourdes, Carlos i Ramón María Ribera Llangort, representats pel procurador Sr. Artur Cot Montserrat i defensats pel lletrat Sr. José M. Torné Farré.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Davant del Jutjat de Primera Instància de la Seu d'Urgell i entre les parts litigants esmentades, es van tramitar les actuacions del judici declaratiu de menor quantia núm. 222/95, que es van seguir pels tràmits corresponents i van acabar amb la sentència d'aquest Jutjat de 13 de desembre de 1996, la part dispositiva de la qual és la següent: "FALLO.- Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora MERCEDES GALLART CIRICI, en la representación acreditada y estimando como estimo parcialmente la demanda reconvenzional interpuesta por la Procuradora D^a. MONTSERRAT REBÉS GOMA contra los hermanos MARIA CARMEN, JOSE, MARIA LOURDES, CARLOS Y RAMON MARIA RIBERA LLANGORT, debo declarar y declaro: -a) Que los bienes no prelegados o pendientes de división o reparto de las herencias relictas por JOSÉ LLANGORT PLANAS y su esposa CAROLINA PERAL ALVIÑA, entre los que no se encuentran las cuatro viviendas ni el despacho sito en el inmueble ubicado en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, núm. 9, y que son objeto de otros pronunciamientos en esta parte dispositiva, procede dividirlos por séptimas partes iguales entre sus siete líneas o estirpes de herederos, y dentro de ellos, entre sus integrantes a razón de las respectivas cuotas individuales, procediéndose a la división de las relacionadas herencias en período de ejecución de sentencia. -b) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta principal o entresuelo, según la terminología usada en el dictamen pericial evaluado por el arquitecto D. MANUEL GRAU I ROCA, del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, núm. 9, pertenece por mitades indivisas a M^a. ANGELA GALINDO LLANGORT y a D. FRANCISCO JAVIER GALINDO LLANGORT. -c) Que la propiedad del despacho sito en la misma planta principal o entresuelo del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, núm. 9, pertenece, por mitades indivisas a ELADIO CARLOS GALINDO LLANGORT y a JESÚS MARIA GALINDO LLANGORT. -d) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta primera del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, nº. 9, pertenece a los herederos de JOSÉ MARIA LLANGORT PERAL, MARIA JOSEFA LLANGORT PERAL, PILAR LLANGORT PERAL Y CAROLINA LLANGORT PERAL, en las cuotas que resulten de los testamentos de 4 de Diciembre de 1.983, de 30 de Abril de 1984, de 22 de Marzo de 1985 y del auto de 20 de Junio de 1994, respectivamente.- e) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta 2^a, puerta primera, del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, núm. 9, pertenece a MARIA ANGELA, MARIA DOLORES, FRANCISCO JAVIER, ELADIO CARLOS, JESÚS MARIA Y MARIA LOURDES GALINDO LLANGORT, y a los hermanos MARIA FRANCISCA, MARIA ELENA y JOSÉ MARIA GALINDO PALAU, en las siguientes proporciones: 1) Los seis hermanos GALINDO LLANGORT, de una séptima parte indivisa cada uno. 2) Los tres hermanos GALINDO PALAU, por terceras partes de la séptima parte indivisa restante.- f) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta 2^a, puerta segunda, del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu núm. 9, por quintas partes indivisas, a los hijos de MERCEDES LLANGORT PERAL, CARMEN, JOSE, MARIA LOURDES, CARLOS Y RAMON MARIA RIBERA LLANGORT.- g) Que los saldos de libretas, cuentas corrientes y cualquier otro activo financiero, existente a la muerte de CAROLINA LLANGORT PERAL y que figuraban a su nombre -19.542.937 ptas.-, deben imputarse, por iguales cuartas partes, a los caudales relictos por los hermanos JOSE MARIA, MARIA JOSEFA, CAROLINA y PILAR LLANGORT PERAL, distribuyéndose el saldo correspondiente a cada uno de ellos, de conformidad con las últimas voluntades de dichos causantes, por lo que debo condenar y condeno, solidariamente, a CARMEN RIBERA LLANGORT, JOSE RIBERA LLANGORT, MARIA LOURDES RIBERA LLANGORT, CARLOS RIBERA LLANDORT y RAMON MARIA RIBERA LLANGORT, a reintegrar la cantidad que indebidamente y en exceso se repartieron del saldo de 17.314.541.-ptas., existente en el Banco Central, oficina de la Seu d'Urgell, concretándose el importe de esta cantidad en trámite de ejecución de sentencia.- h) Que la división de las herencias de MARIA JOSEFA LLANGORT PERAL, JOSE MARIA LLANGORT PERAL, PILAR LLANGORT PERAL y CAROLINA LLANGORT PERAL, en todo lo que no haya sido objeto de otros pronunciamientos de esta sentencia, se practicará entre todos los litigantes en período de ejecución de sentencia, de conformidad con las últimas voluntades de dichos causantes.- i) Se declara que procede colacionar, reportar o revertir a las herencias de autos, los bienes no repartidos y sus frutos, en todo aquello que no haya sido objeto de pronunciamiento específico en esta sentencia, y en el mismo sentido, se declara que para cada uno de los bienes finalmente inventariados de cada herencia, que resulten indivisibles, procede su venta en pública subasta, salvo acuerdo de los litigantes, procediéndose a su adjudicación individualizada.- j) Se condena a todos los litigantes a estar y pasar por todas estas declaraciones y a otorgar cuantos documentos públicos resulten necesarios para lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad de la Seu d'Urgell de la titularidad dominical de las fincas reseñadas en los pronunciamientos de esta sentencia, a favor de sus legítimos propietarios.- Sin hacer expresa condena de las costas procesales causadas, abonando cada parte las causadas a su instancia y las comunes, por mitad". </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Contra aquesta resolució es va interposar recurs d'apel·lació, el qual va ser admès i, un cop substanciada aquesta alçada, la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida, va dictar sentència el 19 de març de 1997, la part dispositiva de la qual és la següent: "FALLAMOS: ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a. María Carmen, D. José, D^a. María Lourdes, D. Carlos y D. Ramón María RIBERA LLANGORT contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1.996, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Seu d'Urgell, que REVOCAMOS PARCIALMENTE.

En su lugar, ESTIMAMOS PARCIALMENTE LA DEMANDA PRINCIPAL interpuesta por D^a. María Carmen, D. José, D^a. María Lourdes, D. Carlos, D. Jesús María, D^a. María Lourdes, D^a. María Angela y D. Francisco Javier GALINDO LLANGORT, D^a. María Francisca, D. José María y D^a. María Elena GALINDO PALAU, y D^a. Lourdes MONRÓS GALINDO, y declaramos:

a)- Que debe practicarse la partición y división de las herencias de D^a. Mercedes, D^a. María Josefa, D. José María, D^a. Pilar y D^a. Carolina LLANGORT PERAL, entre todos los litigantes y en período de ejecución de sentencia, de conformidad con sus respectivos títulos y de los inventarios que de cada herencia se practiquen en ejecución de sentencia, con inclusión en los mismos de la cuarta parte que les corresponda en los bienes no prelegados, ni repartidos entre los herederos, que se encuentran en comunidad ordinaria y proceden de las herencias de sus padres D. José Llangort Planas y D^a. Carolina Peral Alviña, siguiendo las bases ya expuestas en la presente sentencia.

b)- Se declara que procede colacionar, reportar o revertir a las herencias de autos los bienes no repartidos y sus frutos.

c)- Se declara que para cada uno de los bienes finalmente inventariados de cada herencia, que resulten indivisibles, procederá su venta en pública subasta, salvo acuerdo previo de los aquí partes.

d)- Se declara que procederá la adjudicación individualizada de los bienes según resulte del acuerdo de los litigantes o de la subasta pública que de los mismos, en su caso y día, se practique.

DESESTIMAMOS la demanda principal en los restantes pedimentos y ABSOLVEMOS de los mismos a los demandados.

ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda reconventional interpuesta por D^a. María Dolores, D. Eladio-Carlos, D. Jesús María, D^a. María Lourdes, D^a. María Angela, y D. Francisco Javier GALINDO LLANGORT, D^a. María Francisca, D. José María y D^a. María Elena GALINDO PALAU y D^a. María Lourdes MONRÓS GALINDO contra D^a. María Carmen, D. José, D^a. María Lourdes, D. Carlos y D. Ramón María RIBERA LLANGORT, y DECLARAMOS que los saldos bancarios que se encuentran pendientes de reparto deberán imputarse por iguales cuartas partes a los caudales relictos de D. José María, D^a. María Josefa, D^a. Carolina y D^a. Pilar LLANGORT PERAL, debiendo distribuirse el saldo correspondiente a cada uno de ellos de conformidad con las últimas voluntades de dichos causantes.

DECLARAMOS igualmente que los coherederos deben abonarse recíprocamente en las particiones las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia o negligencia.

DESESTIMAMOS la reconvencción en los restantes pronunciamientos y ABSOLVEMOS a los demandados de los pedimentos de la misma.

No hacemos especial declaración de las costas de ambas instancias".

Tercer. La representació processal dels senyors. M. Dolores, Eladio Carlos, Jesús M., M. Lourdes, M. Àngela i Francisco Javier Galindo Llangort, els senyors M. Francisca, José M. i M. Elena Galindo Palau, i la senyora M. Lourdes Monrós Galindo va anunciar davant la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida la intenció d'interposar recurs de cassació contra la sentència d'apel·lació esmentada. Aquesta Secció va tenir per preparat el recurs i va citar les parts davant aquesta Sala Civil, a la qual va remetre les actuacions originals i el rotllo d'apel·lació. Les parts litigants van comparèixer; els recurrents ho van fer mitjançant el procurador Sr. Santiago Puig de Bellacasa i Vandellós, el qual va interposar el recurs de cassació, que va fonamentar en els motius següents:

1r. Per infracció de les normes de l'ordenament jurídic aplicables al cas, sobre la base de l'apartat 4t de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil; en concret, per infracció, per no-aplicació, de l'art. 1.253 de la Llei d'enjudiciament civil i de la doctrina jurisprudencial que interpreta aquest precepte.

2n. Sobre la base d'aquest mateix apartat i de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció dels art. 1.281.2n i 1.282 del Codi civil, per no-aplicació, de la qual derivava la infracció dels art. 1.058, 1.068 i 1.278 d'aquest text substantiu.

3r. Sobre la base de l'apartat 4t de l'art. 1.692 d'aquesta Llei, per infracció de l'art. 1.262.1r del Codi civil i de la doctrina jurisprudencial que hi ha sobre el consentiment tàcit.

4t. Sobre la base del mateix apartat i de l'art. 1.692 esmentats, per infracció, per no-aplicació, dels art. 1.261, 1.258, 1.278, 1.058, 1.068, 1.278, 1.257.1r i 659 del Codi civil.

5è. Sobre la base de l'apartat 4t de l'art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció, per no-aplicació, dels art. 430.2n, 447, 609.3r, 1.930.1r i 1935.1r, a sensu contrario, del Codi civil; i per infracció de l'art. 342 de la Compilació de dret civil de Catalunya.

6è. Sobre la base de l'apartat 4t del mateix art. 1.692, per infracció, per inaplicació, dels art. 430.2n, 447, 609.3r, 1.930.1r i 1.935.1r, a sensu contrario, del Codi civil, i de l'art. 342 de la Compilació de dret civil de Catalunya.

7è. Sobre la base de l'apartat 4t del mateix art. 1.692, per infracció, per aplicació indeguda, de l'art. 1.062.2n del Codi civil sobre la partició hereditària, la infracció consegüent, per no-aplicació, de l'art. 49.2 de la Llei del Parlament de Catalunya, 40/1991, de 30 de desembre.

8è. Sobre la base de l'apartat 40 del mateix art. 1.692 de la Llei d'enjudiciament civil, per infracció, per aplicació indeguda dels art. 1.058 i 1.059 de la Llei d'enjudiciament civil; si és el cas, infracció de l'art. 58.1 de la Llei 40/1991 del Parlament de Catalunya, de 30 de desembre,

i 9è. Sobre la base de l'apartat 3r de l'art. 1.692 de Llei d'enjudiciament civil, per trencament de les formes essencials del judici per infracció de les normes reguladores de la sentència; en concret, infracció de l'art. 359 de la Llei d'enjudiciament civil.

Quart. Admès el recurs i evacuat el tràmit d'impugnació, es va assenyalar per a la votació el dia 24 d'aquest mes, en el qual va tenir lloc.

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Lluís Puig i Ferriol. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FONAMENTS DE DRET</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Les qüestions que planteja aquest recurs de cassació es deriven dels fets següents:

A/ El senyor Josep Llangort i Planas va atorgar testament el dia 14 d'abril de 1957, en el qual nomenava usufructuària universal la seva esposa senyora Carolina Peral i Alviñà; prelegava al seu fill senyor Josep Maria Llangort i Peral la clínica propietat del testador; prelegava als seus fills Josep Maria, Pilar, Carolina i Ma. Josefa Llangort i Peral una finca que es troba en el poble d'Arsèguel; encomanava als seus hereus que reconeguessin als quatre fills esmentats el dret de continuar habitant el pis que ocupaven en la casa del testador, pagant als seus germans el lloguer que convinguessin, i els prelegava, a més a més, el mobiliari, llibres i efectes personals del testador que es trobaven a casa seva; i, finalment, instituïa hereus per parts iguals els seus set fills senyors Josep Maria, Mercè, Dolors, Pilar, Carme, Carolina i Ma. Josefa Llangort i Peral. El testador va morir el dia 23 de maig de 1957.

B/ La senyora Carolina Peral i Alviñà va atorgar testament el mateix dia 14 d'abril de 1957, en el qual nomenava usufructuari universal el seu marit senyor Josep Llangort i Planas; prelegava als seus fills senyors Josep Maria, Pilar, Carolina i Ma. Josefa Llangort i Peral el mobiliari, roba i efectes personals que es trobaven a la casa on vivia la testadora i una finca que es troba a la Seu d'Urgell; i, finalment, instituïa hereus per parts iguals els seus fills senyors Josep Maria, Mercè, Dolors, Pilar, Carme, Carolina i Ma. Josefa Llangort i Peral. La testadora va morir el dia 2 de febrer de 1961.

C/ El dia 23 de novembre de 1957 la vídua i els set fills del senyor Josep Llangort i Planas van atorgar una escriptura pública d'acceptació de la seva herència, d'adjudicació i lliurament dels béns objecte dels prelegats que havia ordenat el testador i d'adjudicació de l'usdefruit i de la nua propietat dels béns hereditaris als set fills instituïts hereus per parts iguals indivises. I el dia 6 de març de 1973 es va atorgar una altra escriptura pública semblant en relació amb l'herència de la senyora Carolina Peral i Alviñà.

D/ El mes de setembre de 1995 els senyors Ma. Carme, Josep, Ma. Lourdes, Carles i Ramon Ribera i Llangort, que havien estat declarats hereus abintestat de la seva mare senyora Mercè Llangort i Peral, van interposar una demanda contra els senyors Ma. Dolors, Eladi, Jesús, Ma. Lourdes, Ma. Àngela i Francesc Galindo i Llangort i contra els senyors Francesca, Josep Ma. i Elena Galindo i Palau en qualitat de fills i néts de la senyora Dolors Llangort i Peral, contra els hereus ignorats del senyor Andreu Galindo i López, que havia succeït la seva esposa senyora Carme Llangort i Peral, i contra la senyora Lourdes Monrós i Galindo, en la qual sol·licitaven que en el seu dia es dictés sentència que declarés que els béns que integraven les herències dels consorts senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alviñà que no havien estat prelegats i que en el moment d'interposició de la demanda estaven pendents de divisió o repartiment, esqueia dividir-los per setenes parts iguals entre les set línies o estrips d'hereus dels consorts esmentats, que aquesta divisió s'havia de practicar en període d'execució de sentència, que es declarés que s'havien de col·lacionar a les herències esmentades els béns que no s'havien dividit i els seus fruits, que es venguessin en subhasta pública els béns que resultessin indivisibles i que esqueia l'adjudicació individualitzada dels béns segons acordessin els litigants o segons el resultat de les subhastes. En el seu escrit de contesta a la demanda els defenents demanaven que es desestimessin les pretensions de la part agent basant-se en el fet de no existir cabal relicte, ja que els béns que integraven el patrimoni dels consorts senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alviñà s'havien adjudicat als seus hereus per setenes parts indivises; que esqueia l'acció de partició d'herència en relació amb els béns que formaven part del cabals hereditari dels senyors Josep Maria, Ma. Josefa, Pilar i Carolina Llangort i Peral i l'acció de divisió de cosa comuna en relació amb la totalitat dels béns i drets que es trobaven en situació de proindivisió; que els béns indivisibles s'adjudiquessin a un dels cohereus, amb l'obligació de pagar als altres l'excés en diners segons el valor de mercat i, finalment, que es declarés que els cohereus s'havien de pagar recíprocament les rendes i fruits que havien percebut dels béns que formaven part de les herències objecte del litigi, així com les millores útils i necessàries que havien fet en els béns comuns. I formulaven a l'ensens una demanda reconvençional, en la qual sol·licitaven es declarés que s'havien d'excloure de les operacions particionals el despatx i l'habitatge que es troben a la planta principal i els habitatges que es troben a la planta segona de l'edifici que havia estat l'habitatge familiar dels consorts senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alviñà; que el ròssec dels comptes corrents que existien a la mort de la senyora Carolina Llangort i Peral s'havien de repartir en la forma que demanaven els defenents i reconvenients; que es declarés que la participació dels agents en l'herència de la seva mare, en relació amb els béns que provenen de les herències dels senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alviñà, s'havia de limitar a l'import de la llegítima i, també, que es declarés que els agents havien perdut qualsevol dret sobre les herències dels senyors Josep Ma.; Ma. Josefa, Carolina i Pilar Llangort i Peral, en relació amb els béns que havien heretat dels seus pares; que es declarés que la propietat de l'habitatge que es troba a la planta segona, porta primera, de l'edifici que havia estat habitatge familiar dels senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alviñà correspon als senyors Àngela, Dolors, Francesc, Eladi, Jesús i Lourdes Galindo i Llangort en una setena part indivisa a cadascuna d'elles i que la setena part restant correspon als senyors Francesca, Elena i Josep Ma. Galindo i Palau; que es declari que la propietat de l'habitatge que es troba a la planta principal de l'edifici esmentat, correspon per meitats indivises als senyors Àngela i Francesc Galindo i Llangort; que es declari que la propietat del despatx que es troba a la planta principal del mateix edifici correspon als senyors Eladi i Jesús Galindo i Llangort i, finalment, que es condemni els agents a atorgar els documents necessaris per a l'efectivitat de les declaracions anteriors.

E/ El Jutjat de Primera Instància de La Seu d'Urgell va dictar sentència el dia 13 de desembre de 1996, en què estimava en part la demanda i la reconvenió, la part dispositiva de la qual decideix que els béns que no van ésser objecte de prelllegats i els pendents de partició de les herències dels senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alvià, entre els quals no es troben els quatre habitatges i el despatx que es troben a l'edifici que va ésser l'habitatge familiar dels consorts esmentats, s'han de dividir per setenes parts iguals entre les set línies o estirps d'hereus; que la propietat de l'habitatge que es troba a la planta principal de l'edifici esmentat, pertany per meitats indivises als senyors Àngela i Francesc Galindo i Llangort; que la propietat del despatx que es troba a la mateixa planta, pertany per meitats indivises, als senyors Eladi i Jesús Galindo i Llangort; que la propietat de l'habitatge que es troba a la planta primera del mateix edifici pertany als hereus dels senyors Josep Ma., Ma. Josefa, Pilar i Carolina Llangort i Peral en les quotes que resulten dels testaments respectius; que la propietat de l'habitatge que es troba a la planta segona del mateix edifici, pertany als senyors Àngela, Dolors, Francesc, Eladi, Jesús i Lourdes Galindo i Llangort i als senyors Francesca, Elena i Josep Ma. Galindo i Palau en la proporció d'una setena part indivisa a cadascun dels primers i per terceres parts indivises la setena part restant als segons; que la propietat de l'habitatge que es troba a la planta segona del mateix edifici, pertany per cinquenes parts indivises als agents, per la seva condició de fills i hereus de la senyora Mercè Llangort i Peral; que els ròssecs que presentaven els comptes corrents que existien a la mort de la senyora Carolina Llangort i Peral s'havien de repartir a parts iguals entre els cabals relictos dels senyors Josep Ma., Ma. Josefa, Carolina i Pilar Llangort i Peral, amb la distribució subsegüent, d'acord amb els testaments respectius i, com a conseqüència d'aquest pronunciament, condemnava els agents a reintegrar la quantitat de 17.314.541 pessetes; que la partició de les herències dels senyors Ma. Josefa, Josep Ma. Pilar i Carolina Llangort i Peral, en tot allò que no resolien els pronunciaments anteriors, s'ha de practicar en període d'execució de sentència de conformitat amb els testaments respectius; que s'han de col·locar a les herències esmentades els béns que no es van repartir i els seus fruits, que s'han de vendre en subhasta pública els béns indivisibles, tret que existeixi acord entre els litigants per a l'efectivitat dels pronunciaments anteriors, sense fer condemna en costes.

F/ Ambdues parts litigants van interposar recurs d'apel·lació contra aquesta sentència. La Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida va dictar sentència el dia 19 de març de 1997, en què estimava en part el recurs d'apel·lació que havia interposat la part agent, la part dispositiva de la qual estableix que s'estima de forma parcial la demanda i que s'ha de practicar la partició i la divisió de les herències dels senyors Mercè, Ma. Josefa, Josep Ma., Pilar i Carolina Llangort i Peral entre tots els litigants en període d'execució de sentència de conformitat amb els títols respectius, amb inclusió de la quarta part dels béns que no van ésser objecte de prelllegats ni van ésser objecte de repartiment entre els cohereus que es trobin en situació de comunitat ordinària i que procedeixin de les herències dels senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alvià; que escau col·locar a aquestes herències els béns que no es van dividir i els seus fruits; que s'han de vendre en subhasta pública els béns indivisibles, llevat que existeixi acord entre els interessats i, finalment, que és procedent l'adjudicació individualitzada dels béns segons acordin els litigants o el resultat de la subhasta. La sentència estima també la demanda reconvenional i declara que els ròssecs bancaris que estiguin pendents de divisió, s'han d'imputar a quartes parts iguals als cabals hereditaris dels senyors Josep Ma., Ma. Josefa, Carolina i Pilar Llangort i Peral, amb la distribució subsegüent a cadascun d'ells segons els testaments respectius; i que els cohereus s'han d'abonar recíprocament en les particions les rendes i els fruits que cadascun d'ells ha percebut dels béns hereditaris, les despeses útils i les necessàries i els danys ocasionats per malícia o per negligència. G/ La part defenent i reconvenent ha interposat recurs de cassació contra aquesta sentència davant la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon. </hi> El problema fonamental que s'ha de resoldre en aquest recurs de cassació, ja que els motius de cassació primer, segon, tercer i quart persegueixen aquesta finalitat, és determinar si es va procedir o no a la divisió de l'edifici que era l'habitatge familiar dels consorts senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alvià entre els seus set fills constituïts hereus a parts iguals per aquests consorts. Per tal de centrar la qüestió litigiosa sembla oportú fer una precisió inicial, com és la de que no ens trobem, amb referència a la finca esmentada, davant d'un problema de partició hereditària, sinó davant d'un problema de divisió de cosa comuna. Hem d'entendre, doncs, que és ajustat a dret el raonament que es fa en el fonament de dret primer de la sentència contra la qual es recorre, on s'afirma que els fills instituïts hereus pels consorts esmentats van practicar una verdadera partició hereditària en relació amb les herències paterna i materna, per la via de transformar la comunitat hereditària abstracte que s'havia creat sobre el patrimoni hereditari patern i matern en una pluralitat de comunitats ordinàries sobre els béns concrets que formaven part d'ambdues herències. Que aquesta conclusió és correcta, es dedueix també de l'oportunitat de precisar que si bé és cert que la partició comporta la dissolució o extinció de la comunitat hereditària, també ho és que la partició hereditària no comporta de forma necessària que desaparegui qualsevol comunitat material, com succeeix en el cas de transformar-se la comunitat hereditària en una pluralitat de comunitats indivises sobre els béns que formen part de l'herència. I si apliquem aquestes consideracions sobre el cas que ara s'ha de resoldre, resulta que els fills dels consorts esmentats van fer una partició jurídica de les herències dels seus pares, però van mantenir la indivisió material dels béns que formaven part de les herències paterna i materna per la via d'adjudicar-se aquests béns per setenes parts iguals indivises. En qualsevol cas aquesta via implicava posar fi a la situació de comunitat hereditària i, també, que es produís una subrogació d'aquestes comunitats indivises sobre béns concrets en la quota hereditària abstracta que abans corresponia a cadascun dels cohereus. Amb la conseqüència inevitable de tenir que procedir-se en un moment posterior a la partició material dels béns que els cohereus s'havien adjudicat per setenes parts indivises. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Com s'apuntava fa uns moments, en el cas del recurs interessa esbrinar si els cohereus van procedir o no a dividir-se materialment l'edifici que havia constituït l'habitatge familiar dels seus pares, que va ésser objecte de partició jurídica en les escriptures públiques de 23 de novembre de 1957 i 6 de març de 1973. La sentència de primera instància resol el problema que acabem de plantejar de manera afirmativa, sobre la base fonamentalment de considerar que ens trobem davant d'un cas de partició hereditària que anomena mixta, ja que considera que aquesta partició hereditària van practicar-la conjuntament els testadors i els seus fills instituïts hereus, conclusió que fonamenta en les clàusules que apareixen en el testament del senyor Josep Llangort i Planas que fan referència a la finca que havia estat el seu habitatge familiar i en el fet que els fills instituïts hereus van respectar les prevencions que havien fet els seus pares fora de testament sobre divisió de la casa dels testadors. En canvi, la sentència d'apel·lació considera que els fills no van procedir a dividir-se materialment aquesta casa per manca de consentiment de tots ells a posar fi a la situació d'indivisió i esmenta, a més a més, que els documents privats dels testadors que establien unes regles sobre divisió de la finca, són anteriors als testaments del pare i la mare i no tenen cap projecció sobre els seus testaments; que els fills es van adjudicar la finca per setenes parts indivises; que quan es van fer les successives relacions de béns que integraven el patrimoni hereditari de cadascun dels fills instituïts cohereus, es relacionava sempre una setena part indivisa de la casa esmentada; i que no es va atorgar cap escriptura de divisió de la finca en règim de propietat horitzontal. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> El motiu primer de cassació, que es fonamenta en l'article 1.692.4 de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega infracció per no-aplicació de l'article 1.253 del Codi civil i jurisprudència que esmenta, amb infracció subsegüent dels articles 1.058 i 1.068 del Codi civil. Segons la part que recorre contra la sentència de l'Audiència dóna com a provats uns fets, que segons el seu punt de vista porten de forma necessària a entendre, segons les regles lògiques del criteri humà, que els germans Llangort i Peral l'any 1957 van procedir a dividir convencionalment la finca que era l'habitatge familiar dels seus pares.

En aquest punt interessa precisar que ens trobem davant del problema de determinar si en un moment concret, els set fills copropietaris per setenes parts indivises de la finca esmentada van procedir o no a dividir-se la finca per la via d'una partició convencional prevista a l'article 402, apartat primer, del Codi civil, segons el qual la divisió de la cosa comuna podrà fer-se pels interessats. L'acord dels interessats sobre divisió de la cosa comuna té la naturalesa d'un contracte convingut entre els copropietaris que té per objecte la divisió material de la cosa comuna, i al qual s'apliquen les normes generals del Codi civil en matèria de contractes. D'aquestes normes generals ens interessa aquí la que fa referència al consentiment, que segons l'article 1.261.1r del Codi civil és un dels requisits o elements essencial que qualsevol contracte, que es tradueix en una voluntat o intenció comuna i que en el cas que ara ens interessa es projecta sobre una pluralitat de parts, amb la conseqüència que el contracte s'ha de qualificar de plurilateral, ja que exigeix per a la seva validesa el consentiment o intervenció de tots els copropietaris.

Una segona consideració que cal fer és que aquest consentiment contractual d'una forma o altra s'ha de projectar a l'exterior. En aquest punt estan d'acord totes les parts litigants que mai es va atorgar cap document públic o privat per tal de donar una plasmació externa a la seva voluntat de dividir-se materialment l'habitatge familiar dels seus progenitors. Hem de considerar, doncs, si per la via d'un contracte verbal es va practicar o no en un moment determinat la divisió de la finca esmentada, amb l'advertiment previ que l'ordenament jurídic espanyol no posa cap obstacle a la possibilitat de poder-se originar en forma verbal un contracte de divisió de cosa comuna, ja que com explicita l'article 1.278 del Codi civil els contractes seran obligatoris, qualsevol que sigui la forma en què s'hagin subscrit, sempre que hi concorrin les condicions essencials per a llur validesa. Això vol dir, per tant, que segons aquest precepte és vàlid el contracte inter partes qualsevol que sigui la forma en què s'ha subscrit; amb la conseqüència que la manca de documentació del contracte no faculta cap de les parts involucrades en la relació contractual per mancar el compliment de les obligacions a càrrec seu (sentències del Tribunal Suprem de 28 d'abril i 20 de desembre de 1989). I amb referència ja més específica al problema que planteja el recurs és oportú referir-nos a la Sentència del Tribunal Suprem de 10 d'octubre de 1958, que reconeix eficàcia a una partició hereditària feta pels cohereus sense atorgar cap document públic ni privat, sobre la base de considerar que des del moment en què els interessats havien acceptat els lots respectius, el contracte s'havia perfeccionat i no era necessària cap forma escrita. Criteri perfectament aplicable al contracte de divisió de cosa comuna, ja que segons l'article 406 del Codi civil les regles concernents a la divisió de l'herència seran aplicables a la divisió entre els participants en la comunitat. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> Si d'acord amb els raonaments anteriors hem d'entendre que és vàlida una divisió de cosa comuna, que han convingut els copropietaris per la via d'un contracte verbal, que tenia per objecte posar fi a la situació d'indivisió, hem de considerar ara si en el cas que origina el recurs s'havia convingut o no en forma verbal aquest contracte.

És prou conegut que els contractes convinguts en forma verbal presenten moltes vegades dificultats a l'hora de poder acreditar que el contracte es va perfeccionar d'aquesta forma i el cas que ara hem de resoldre, confirma l'asseveració que s'acaba de fer. Això vol dir també que davant la impossibilitat d'acreditar clarament que els copropietaris en un moment determinat van convenir de forma expressa a posar fi a la situació d'indivisió de l'habitatge familiar dels seus pares, l'existència d'un contracte de divisió s'ha de deduir de fets o circumstàncies que es poden haver realitzat amb una intenció diferent, però que de manera indirecta posen de manifest que va existir en un moment determinat un conveni de partició i, per tant, suposaria una incongruència entendre que aquests fets o circumstàncies no impliquen la possibilitat d'originar la confiança que va existir la intenció o voluntat de posar fi a la situació d'indivisió de la finca de referència. I en aquest cas la conducta de la senyora Mercè Llangort i Peral, mare i causant dels agents i part contra la qual es recorre en cassació, posa de manifest que en un moment determinat, ni que sigui de forma indirecta, va estar d'acord amb la divisió de la casa dels seus pares en la forma que segurament li havien proposat els altres copropietaris. Ho acrediten de forma prou significativa els fets següents:

1) Que la senyora Mercè Llangort i Peral havia percebut els lloguers del pis segon, porta segona de la finca de forma exclusiva, és a dir, sense que tinguessin cap participació en els lloguers els altres copropietaris.

2) El fet que els pares dels litigants haguessin manifestat en uns documents anteriors als testaments respectius, en forma de consells i a voltes de forma imperativa, la seva voluntat d'atribuir un dels pisos de la segona planta de la finca a la seva filla Mercè, amb la prevenció que "si ella no lo ocupa quedaran para ella las rentas que produzca su alquiler".

3) És cert que en els testaments posteriors dels pares no es fa cap referència a les prevencions que contenien els documents anteriors, però no és menys cert que tant la part agent com la part defenent en els escrits respectius de demanda i de contestació a la demanda posen de manifest la veneració i respecte que van tenir sempre pels seus progenitors i si, com hem de creure, aquestes manifestacions es corresponen amb la realitat, és congruent entendre que els fills respectarien els consells i ordres dels seus pares encara que no es reproduïssin en els testaments respectius, ja que mai s'ha posat en dubte l'existència d'aquestes.

4) Concorre també el fet prou significatiu que el pis de la segona planta, que segons voluntat dels pares s'havia d'adjudicar a la seva filla senyora Mercè, des de l'any 1972 apareixia a nom de la filla esmentada en els rebuts de la contribució territorial urbana i que aquesta senyora va pagar sempre els deutes tributaris que graven la propietat de la finca i que posen igualment de manifest que en un moment determinat anterior havia consentit la proposta de divisió de la finca que havien proposat els altres copropietaris d'acord amb les prevencions de llurs progenitors.

5) No s'ha de menystenir el fet que la senyora Mercè Llangort i Peral atorgués un testament hològraf, en el qual llegava el pis de la casa dels seus pares a una de les seves filles, que d'una forma o altra posa de manifest que es considerava propietària de la finca objecte del llegat, conclusió que no desmenteix el fet que després els fills prescindissin d'aquest document escrit per la seva mare i que demanessin i obtinguessin la declaració d'hereus abintestat, ja que no s'ha posat en dubte l'existència i autenticitat del document manuscrit.

6) Esmentem, finalment, que segons s'ha acreditat a les actuacions, existeix una correlació entre el valor del pis que s'havia adjudicat a la senyora Mercè Llangort i Peral i la seva participació en les herències paterna i materna, circumstància aquesta que també posa en relleu que va existir una partició, ja que una de les característiques del contracte particional és que cada copropietari té dret a percebre uns béns, el valor dels quals en relació amb els béns que s'adjudiquen als altres copropietaris es troba en la mateixa proporció que les quotes indivises de les quals n'eren titulars.

Tots aquest raonaments porten, doncs, a l'estimació del motiu tercer del recurs i a la revocació de la sentència d'apel·lació en la part que fa referència a la divisió material de la casa que va ésser habitatge familiar dels cònjuges senyor Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alvià, que ja va ésser objecte d'una divisió contractual entre els cohereus dels cònjuges esmentats i, per tant, s'ha d'excloure dels procediments divisoris dels béns que formaven part de les herències d'aquest cònjuges.

</s></p>
</div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** </hi> L'estimació del motiu primer del recurs determina que no s'han d'examinar els motius segon, tercer i quart, que persegueixen la mateixa finalitat del motiu primer del recurs, que s'estima. Com també la innecessarietat d'examinar els motius cinquè i sisè del recurs, que al·leguen la improcedència de la divisió material de la casa propietat dels pares dels cohereus per haver-se consumat la usucapió, així com del motiu setè del recurs, en el qual s'al·lega infracció de l'article 49, apartat segon, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, i de l'article 1.062, apartat segon del Codi civil, ja que aquest motiu del recurs es planteja pel cas d'entendre's que no s'havia fet la partició de la finca entre els cohereus. </s></p>
</div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Setè.** </hi> El motiu vuitè del recurs, que també es fonamenta en l'article 1.692.4 de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega infracció per aplicació indèguda dels articles 1.058 i 1.059 del Codi civil i també infracció, si és el cas, de l'article 58, apartat primer, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. La part dispositiva de la sentència d'apel·lació estableix a l'apartat a) que s'ha de practicar la partició i divisió de les herències de les senyores Mercè, Ma. Josefa, Josep Maria, Pilar i Carolina Llangort i Peral entre tots els litigants en el període d'execució de sentència de conformitat amb els títols respectius i els inventaris de cada herència que es practiquin en el tràmit d'execució de sentència. La part que recorre al·lega que els hereus de la senyora Mercè Llangort i Peral són els seus cinc fills i que els defenents no al·leguen cap dret sobre l'herència d'aquesta senyora i, per consegüent, la seva partició és una qüestió que afecta únicament els seus hereus.

Aquest motiu del recurs també ha d'ésser estimat, ja que s'ha acreditat a les actuacions que els hereus abintestat de la senyora Mercè Llangort i Peral són els seus cinc fills i si la partició hereditària té per objecte o finalitat el repartiment del patrimoni relicte entre els cohereus, sembla prou clar que aquests són els únics que han d'intervenir en les operacions particionals, ja que és una qüestió que afecta únicament a ells i no als hereus o als cohereus dels germans i germanes de la seva mare i si aquests no tenen cap dret a participar en l'herència de la senyora Mercè Llangort i Peral, seria pertorbadora o, anant molt bé, inútil la seva participació en les operacions particionals d'una herència aliena als seus interessos. </s></p>

<div3 n=8><p><s><hi rend="bo">**Vuitè.** </hi> El novè i darrer dels motius de cassació, que es fonamenta en l'article 1.962.3 de la Llei d'enjudiciament civil, al·lega sobre la base de l'article 359 de la Llei d'enjudiciament civil infracció de les normes reguladores de la sentència. Segons la part que recorre, els agents van demanar en el seu escrit de demanda que es declarés que els béns no prelegats i pendants de divisió que formaven part de les herències dels senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alvià, s'han de dividir per setenes parts iguals entre les set línies o estirps d'hereus i dins d'elles entre les persones que integraven cada línia o estirp segons les respectives quotes individuals; i sol·licitaven també que la divisió de totes aquestes herències es fes en el període d'execució de sentència. Segons la mateixa part que recorre, és incongruent la sentència d'apel·lació, ja que declara que els agents poden exercir l'actio communi dividundo en relació amb determinats béns que han d'ésser inclosos en les herències de les seves ties senyores Dolors i Carme Llangort i Peral i aquesta declaració es creu improcedent sobre la base de considerar que en la demanda s'exercita una acció de partició d'herència i no una acció de divisió de cosa comuna.

Aquest darrer motiu del recurs ha d'ésser refusat, ja que la part agent demana en la seva demanda la partició dels béns que formaven part de les herències paterna i materna i no una verdadera partició hereditària, ja que la partició van practicar-la en el seu moment els cohereus per la via d'una adjudicació de cadascun dels béns hereditaris per setenes parts indivises, segons s'ha raonat en el fonament de dret segon d'aquesta resolució. Per consegüent, quan la sentència d'apel·lació estableix la procedència d'una acció de divisió de béns determinats en relació amb les herències de les senyores Dolors i Carme Llangort i Peral no fa uns pronunciaments incongruents, sinó uns pronunciaments que estan d'acord amb la verdadera naturalesa de les accions que han exercit les parts en el decurs del litigi. I es tracta, a més a més, d'uns pronunciaments que estan compresos substancialment en l'objecte del debat i implícitament en les sol·licituds de les parts, que refusen que pugui estimar-se el defecte de manca de congruència, ja que l'organisme jurisdiccional civil està facultat per formular un judici crític de la manera que entengui més ajustada, ja que el fet més important i essencial és que el que s'acordi en la decisió judicial tingui eficàcia suficient per deixar decidits tots els punts que han estat objecte de debat (Sentència del Tribunal Suprem de 25 de maig de 1987). </s></p>

<div3 n=9><p><s><hi rend="bo">**Novè.** </hi> Tots aquests raonaments porten a l'estimació substancial del recurs de cassació que han interposat els defenents. L'estimació parcial del recurs determina que no escau fer cap pronunciament especial sobre pagament de les costes causades pel recurs, ni cap pronunciament sobre el dipòsit per no haver-se constituït. I pel que fa a les costes causades en la primera i en la segona instància, no es fa imposició expressa de les causades en cap de les dues instàncies, d'acord amb el que estableixen els articles 523.II i 710.II de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>

<div3><p><s>En nom del Rei i en virtut de l'autoritat que ens ha conferit el Poble Espanyol. </s></p></div3>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que hem d'estimar i estimem en part el recurs de cassació que ha interposat el procurador dels tribunals senyor Santiago Puig de la Bellacasa i Vandellós, que actua en nom i representació dels senyors Ma. Dolors, Eladi, Jesús Ma., Ma. Lourdes, Ma. Àngela i Xavier Galindo i Llangort i dels senyors Ma. Francesca, Josep Ma., Ma. Elena i Ma. Lourdes Monrós i Galindo, i cassem en part la sentència que va dictar la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Lleida el dia 19 de març de 1997, en el sentit que estimem parcialment la demanda sobre partició i divisió de les herències que provenen dels senyors Josep Llangort i Planas i Carolina Peral i Alvià, excepte la finca que es troba a La Seu d'Urgell i que va constituir l'habitatge familiar dels consorts esmentats, que s'ha d'entendre va ésser objecte d'una divisió material entre els cohereus en la forma que estableix la part dispositiva de la sentència de primera instància; i estimem també que la partició i divisió de l'herència de la senyora Mercè Llangort i Peral s'ha de practicar entre els seus fills declarats hereus abintestat, sense cap intervenció de les altres persones que han intervingut en el litigi; i confirmem tots els altres pronunciaments de la sentència contra la qual es recorre. Sense fer cap pronunciament respecte al dipòsit, per no haver-se constituït, ni respecte a les costes originades pel recurs de cassació i les que han originat les dues instàncies inferiors.

Lliureu un certificat de la resolució al president del Tribunal esmentat, retorneu les actuacions i el rotlle que es van trametre a aquesta Sala i publiqueu aquesta sentència tal com estableix la llei. Aquesta és la nostra sentència, que pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 1 DE SETIEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*M^a. Dolores Galindo Llangort y otros / Carmen Ribera Llangort y otros*</head>
 <head type=sub rend="bo">*B) Traducción*</head>

<head type=sub rend="bo">**Partición hereditaria: finalidades.- Diferencias entre la partición hereditaria y la división de cosa común.- Partición convencional de la herencia: personas legitimadas para practicarla.- División de cosa común: naturaleza jurídica y requisitos.- Declaración de la voluntad contractual de forma tácita o en virtud de actos concluyentes.- Congruencia.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida dictó en grado de apelación, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía, sobre división o reparto de determinados bienes hereditarios. Interpusieron el recurso los demandantes D^a M. Dolores, D. Eladio, Carlos, D. Jesús M., D^a M. Lourdes, D. M. Ángela y D. Francisco Javier Galindo Llangort, D^a M. Francisca, D. José M. y D^a M. Elena Galindo Palau, y D^a M. Lourdes Monrós Galindo, todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales D. Santiago Puig de Bellacasa Vandellós y defendidos por el Letrado D. Jaume Ribes Porta. Siendo la parte recurrida los hermanos D^a Carmen, D. José, D^a M. Lourdes, D. Carlos y D. Ramón María Ribera Llangort, representados por el Procurador D. Artur Còt Montserrat y defendidos por el Letrado D. José M. Torné Farré.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Ante el Juzgado de Primera Instancia de la Seu d'Urgell y entre las partes litigantes expresadas, se tramitaron los autos del juicio declarativo de menor cuantía n^o 222/95, seguidos por los trámites correspondientes y acabaron con la sentencia de este Juzgado de 13 de diciembre de 1996, cuya parte dispositiva es la siguiente: "FALLO.- Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora MERCEDES GALLART CIRICI, en la representación acreditada y estimando como estimo parcialmente la demanda reconvenzional interpuesta por la Procuradora D^a MONTSERRAT REBÉS GOMÁ contra los hermanos MARIA CARMEN, JOSE, MARIA LOURDES, CARLOS Y RAMÓN MARÍA RIBERA LLANGORT, debo declarar y declaro:

a) Que los bienes no prelegados o pendientes de división o reparto de las herencias relictas por JOSÉ LLANGORT PLANAS y su esposa CAROLINA PERAL ALVIÑA, entre los que no se encuentran las cuatro viviendas ni el despacho sito en el inmueble ubicado en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu n^o 9, y que son objeto de otros pronunciamientos en esta parte dispositiva, procede dividirlos por séptimas partes iguales entre sus siete líneas o estirpes de herederos, y dentro de ellos, entre sus integrantes a razón de las respectivas cuotas individuales, procediéndose a la división de las relacionadas herencias en período de ejecución de sentencia.

b) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta principal o entresuelo, según la terminología usada en el dictamen pericial evaluado por el arquitecto D. MANUEL GRAU I ROCA, del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, n^o 9, pertenece por mitades individas a M^a ANGELA GALINDO LLANGORT y a D. FRANCISCO JAVIER GALINDO LLANGORT.

c) Que la propiedad del despacho sito en la misma planta principal o entresuelo del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, n^o 9, pertenece, por mitades indivisas a ELADIO CARLOS GALINDO LLANGORT y a JESÚS MARÍA GALINDO LLANGORT.

d) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta primera del inmueble sito en la planta primera del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu, n^o 9, pertenece a los herederos de JOSÉ MARÍA LLANGORT PERAL, MARÍA JOSEFA LLANGORT PERAL, PILAR LLANGORT PERAL Y CAROLINA LLANGORT PERAL, en las cuotas que resulten de los testamentos de 4 de diciembre de 1983, de 30 de abril de 1984, de 22 de marzo de 1985 y del auto de 20 de junio de 1994, respectivamente.

e) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta 2^a, puerta primera, del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu n^o 9 pertenece a MARÍA, ÁNGELA, MARÍA DOLORES, FRANCISCO JAVIER, ELADIO CARLOS, JESÚS MARÍA Y MARÍA LOURDES GALINDO LLANGORT, y a los hermanos MARÍA FRANCISCA, MARÍA ELENA y JOSÉ MARÍA GALINDO PALAU, por terceras partes de la séptima parte indivisa restante.

f) Que la propiedad de la vivienda sita en la planta 2^a, puerta segunda, del inmueble sito en la Seu d'Urgell, Passeig Joan Brudieu n^o 9, por quintas partes indivisas, a los hijos de MERCEDES LLANGORT PERAL, CARMEN, JOSE, MARIA LOURDES, CARLOS y RAMÓN MARÍA RIBERA LLANGORT.

g) Que los saldos de libretas, cuentas corrientes y cualquier otro activo financiero, existente a la muerte de CAROLINA LLANGORT PERAL y que figuraban a su nombre -19.542.937 ptas.-, deben imputarse, por iguales cuartas partes, a los caudales relictos por los hermanos JOSE MARÍA, MARÍA JOSEFA, CAROLINA y PILAR LLANGORT PERAL, distribuyéndose el saldo correspondiente a cada uno de ellos, de conformidad con las últimas voluntades de dichos causantes, por lo que debo condenar y condeno, solidariamente, a CARMEN RIBERA LLANGORT, JOSE RIBERA LLANGORT, MARÍA LOURDES RIBERA LLANGORT, CARLOS RIBERA LLANGORT y RAMÓN MARÍA RIBERA LLANGORT, a reintegrar la cantidad que indebidamente y en exceso se repartieron del saldo de 17.314.541 ptas, existente en el Banco Central, oficina de la Seu d'Urgell, concretándose el importe de esta cantidad en trámite de ejecución de sentencia.

h) Que la división de las herencias de MARÍA JOSEFA LLANGORT PERAL, en todo lo que no haya sido objeto de otros pronunciamientos de esta sentencia, se practicará entre todos los litigantes en período de ejecución de sentencia, de conformidad con las últimas voluntades de dichos causantes.

i) Se declara que procede colacionar, reportar o revertir a las herencias de autos, los bienes no repartidos y sus frutos, en todo aquello que no haya sido objeto de pronunciamiento específico en esta sentencia, y en el mismo sentido, se declara que para cada uno de los bienes finalmente inventariados de cada herencia, que resulten indivisibles, procede su venta en pública subasta, salvo acuerdo de los litigantes, procediéndose a su adjudicación individualizada.

j) Se condena a todos los litigantes a estar y pasar por todas estas declaraciones y a otorgar cuantos documentos públicos resulten necesarios para lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad de la Seu d'Urgell de la titularidad dominical de las fincas reseñadas en los pronunciamientos de esta sentencia, a favor de sus legítimos propietarios.

Sin hacer expresa condena de las costas procesales causadas, abonando cada parte las causadas a su instancia y las comunes, por mitad".

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Contra esta resolución se interpuesto recurso de apelación, que se admitió y, sustanciada la presente alzada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida, dictó sentencia el 19 de marzo de 1997, cuya parte dispositiva es la siguiente: "FALLAMOS: ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a María Carmen, D. José, D^a María Lourdes, D. Carlos y D. Ramón María RIBERA LLANGORT contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1996, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Seu d'Urgell, que REVOCAMOS PARCIALMENTE.

En su lugar, ESTIMAMOS PARCIALMENTE LA DEMANDA PRINCIPAL interpuesta por D^a María Carmen, D. José, D^a María Lourdes, D. Carlos, D. Jesús María, D^a María Lourdes, D^a María Angela y D. Francisco Javier GALINDO LLANGORT, D^a María Francisca, D. José María y D^a María Elena GALINDO PALAU, y D^a Lourdes MONRÓS GALINDO, y declaramos:

a) Que debe practicarse la partición y división de las herencias de D^a Mercedes, D^a María Josefa, D. José María, D^a Pilar y D^a Carolina LLANGORT PERAL, entre todos los litigantes y en período de ejecución de sentencia, de conformidad con sus respectivos títulos y de los inventarios que de cada herencia se practiquen en ejecución de sentencia, con inclusión en los mismos de la cuarta parte que les corresponda en los bienes no prelegados ni repartidos entre los herederos, que se encuentran en comunidad ordinaria y proceden de las herencias de sus padres D. José Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviña, siguiendo las bases ya expuestas en la presente sentencia.

b) Se declara que procede colacionar, reportar o revertir a las herencias de autos los bienes no repartidos y sus frutos.

c) Se declara que para cada uno de los bienes finalmente inventariados de cada herencia, que resulten indivisibles, procederá su venta en pública subasta, salvo acuerdo previo de los aquí partes.

d) Se declara que procederá la adjudicación individualizada de los bienes según resulte del acuerdo de los litigantes o de la subasta pública que de los mismos, en su caso y día, se practique.

DESESTIMAMOS la demanda principal en los restantes pedimentos y ABSOLVEMOS de los mismos a los demandados.

ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda reconvenzional interpuesta por D^a María Dolores, D. Eladio Carlos, D. Jesús María, D^a María Lourdes, D^a María Angela, y D. Francisco Javier GALINDO LLANGORT, D^a María Lourdes MONRÓS GALINDO contra D^a María Carmen, D. José, D^a María Lourdes, D. Carlos y D. Ramón María RIBERA LLANGORT, y DECLARAMOS que los saldos bancarios que se encuentran pendientes de reparto deberán imputarse por iguales cuartas partes a los caudales relictos de D. José María, D^a María Josefa, D^a Carolina y D^o Pilar LLANGORT PERAL, debiendo distribuirse el saldo correspondiente a cada uno de ellos de conformidad con las últimas voluntades de dichos causantes.

DECLARAMOS igualmente que los coherederos deben abonarse recíprocamente en las particiones las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia o negligencia.

DESESTIMAMOS la reconvección en los restantes pronunciamientos y ABSOLVEMOS a los demandados de los pedimentos de la misma.

Sin hacer especial declaración de las costas de ambas instancias".

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>La representación procesal de D^a María Dolores, D. Eladio Carlos, D. Jesús M., D^a María Lourdes, D^a M. Ángela y D. Francisco Javier Galindo Llangort, D^a María Francisca, D. José M. y D^a M. Elena Galindo Palau, y D^a M. Lourdes Monrós Galindo anunció ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida la intención de interponer recurso de casación contra la sentencia de apelación expresada. Esta Sección tuvo por preparado el recurso citando a las partes ante esta Sala Civil, a la que remitió los autos originales y el rollo de apelación. Compareciendo las partes litigantes; los recurrentes lo hicieron mediante el Procurador D. Santiago Puig de Bellacasa Vandellós, que interpuso recurso de casación, fundamentándolo en los siguientes motivos:

1º Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables al caso, sobre la base del apartado 4º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en concreto, por infracción, por no aplicación, del art. 1.253 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina jurisprudencial que interpreta este precepto.

2º Sobre la base de este mismo apartado y del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los art. 1.281 y 1.282 del Código civil, por no aplicación, de la que derivaba la infracción de los art. 1.058, 1.068 y 1.278 de este texto sustantivo.

3º Sobre la base del apartado 4º del art. 1.692 de esta Ley, por infracción del art. 1.262 1º del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que existe sobre el consentimiento tácito.

4º Sobre la base del mismo apartado del art. 1.692 expresado, por infracción, por no aplicación, de los art. 1.261, 1.258, 1.278, 1.058, 1.068, 1.278, 1.257 1º y 659 del Código Civil.

5º Sobre la base del apartado 4º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por no aplicación, de los art. 430 2º, 447, 609 3º y 1.935 1º, a sensu contrario, del Código Civil; y por infracción del art. 342 de la Compilación de derecho civil de Cataluña.

6º Sobre la base del apartado 4º del mismo art. 1.692, por infracción, por inaplicación, de los art. 430 2º, 447, 609 3º, 1.930 1º y 1.935 1º, a sensu contrario, del Código Civil, y del art. 342 de la Compilación de derecho civil de Cataluña.

7º Sobre la base del apartado 4º del mismo art. 1.692, por infracción, por aplicación indebida, del art. 1.062 2º del Código Civil sobre la partición hereditaria, la infracción consiguiente, por no aplicación, del art. 49.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña, 40/1991, de 30 de diciembre.

8º Sobre la base del apartado 4º del mismo art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por aplicación indebida de los art. 1.058 y 1.059 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; si es el caso, infracción del art. 58.1 de la Ley 40/1991 del Parlamento de Cataluña, de 30 de diciembre, y

9º Sobre la base del apartado 3º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantar las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia; en concreto, infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">Cuarto.</hi> Admitido el recurso y evacuado el trámite de impugnación, se señaló para la votación el 24 del presente mes, en que tuvo lugar.</s></p></div3>

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Lluís Puig i Ferriol</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FUNDAMENTOS DE DERECHO</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">Primero.</hi> Las cuestiones planteadas en el presente recurso de casación se derivan de los hechos siguientes:

A/ D. Josep Llangort Planas otorgó testamento el 14 de abril de 1957, en el que nombraba usufructuaria universal a su esposa Dª Carolina Peral Alviñá; prelegaba a su hijo D. Josep María Llangort Peral la clínica propiedad del testador; prelegaba a sus hijos Josep María, Pilar, Carolina y Mª Josefa Llangort Peral una finca situada en el pueblo de Arséguel; encomendaba a sus herederos que reconociesen a los cuatro hijos expresados el derecho de continuar habitando el piso que ocupaban en la casa del testador, pagando a sus hermanos el alquiler que pactasen, y les prelegaba, además, el mobiliario, libros y efectos personales del testador que se encontraban en su casa; y, finalmente, instituía herederos por partes iguales a sus siete hijos D. Josep María, Dª Mercé, Dª Dolors, Dª Pilar, Dª Carne, Dª Carolina y Dª M. Josefa Llangort Peral. El testador murió el 23 de mayo de 1997.

B/ Dª Carolina Peral Alviñá otorgó testamento el mismo día 14 de abril de 1957, en el que nombraba usufructuario universal a su marido D. Josep Llangort Planas; prelegaba a sus hijos D. Josep María, Dª Pilar, Dª Carolina y Dª Mª Josefa Llangort Peral el mobiliario, ropa y efectos personales que se hallaban en la casa donde vivía la testadora y una finca situada en la Seu d'Urgell; y, finalmente, instituía herederos por partes iguales a sus hijos D. Josep María, Dª Mercé, Dª Dolors, Dª Pilar, Dª Carne, Dª Carolina y Dª Mª Josefa Llangort Peral. La testadora murió el 2 de febrero de 1961.

C/ El 23 de noviembre de 1957 la viuda y los siete hijos de D. Josep Llangort Planas otorgaron una escritura pública de aceptación de su herencia, de adjudicación y entrega de los bienes objeto de los prelegados que había ordenado el testador y de adjudicación del usufructo y de la nuda propiedad de los bienes hereditarios a los siete hijos instituidos herederos por partes iguales indivisas. El 6 de marzo de 1973 se otorgó otra escritura pública parecida en relación con la herencia de Dª Carolina Peral Alviñá.

D/ En septiembre de 1995 D^a M^a Carme, D. Josep, D^a M^a Lourdes, D. Carlos y D. Ramón Ribera Llangort, que habían sido declarados herederos abintestato de su madre D^a Mercé Llangort Peral, interpusieron demanda contra D^a M^a Dolores, D. Eladio, D. Jesús, D^a M^a Lourdes, D^a M^a Angela y D. Francesc Galindo Llangort y contra D^a Francesca, D. Josep M^a y D^a Elena Galindo Palau en calidad de hijos y nietos de D^a Dolors Llangort Peral, contra los herederos ignorados de D. Andreu Galindo López, que había sucedido a su esposa D^a Carme Llangort Peral, y contra D^a Lourdes Monrós Galindo, solicitando que en su día se dictase sentencia declarando que los bienes que integraban las herencias de los consortes D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá que no habían sido prelegados y que en el momento de interposición de la demanda estaban pendientes de división o reparto, procedía dividirlos por séptimas partes iguales entre las siete líneas o estirpes de herederos de los consortes expresados, que esta división se tenía que practicar en período de ejecución de sentencia, que se declarase que se tenían que colacionar en las herencias expresadas los bienes que no se habían dividido y sus frutos, que se vendiesen en pública subasta los bienes que resultasen indivisibles y que procedía la adjudicación individualizada de los bienes según acordasen los litigantes o según el resultado de las subastas. En su escrito de contestación a la demanda los demandados solicitaban que se desestimase las pretensiones de la parte actora basándose en el hecho de no existir caudal relicto, ya que los bienes que integraban el patrimonio de los consortes D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá se habían adjudicado a sus herederos por séptimas partes indivisas; que procedía la acción de partición de herencia en relación con los bienes que formaban parte de los caudales hereditarios de D. Josep María, M^a Josefa, Pilar y Carolina Llangort Peral y la acción de división de cosa común en relación con la totalidad de los bienes y derechos que se encontraban en situación de proindivisión; que los bienes indivisibles se adjudicasen a uno de los coherederos, con la obligación de pagar a los otros el exceso en dinero según el valor del mercado y, finalmente, que se declarase que los coherederos se tenían que pagar recíprocamente las rentas y frutos que habían percibido de los bienes que formaban parte de las herencias objeto del litigio, así como las mejoras útiles y necesarias que habían hecho en los bienes comunes. Y formulaban a la vez una demanda reconventional, solicitando se declarase que se tenían que excluir de las operaciones particionales el despacho y la vivienda situados en la planta principal y las viviendas situadas en la planta segunda del edificio que había sido la vivienda familiar de los consortes D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá; que el resto de las cuentas corrientes existentes a la muerte de D^a Carolina Llangort Peral se tenían que repartir en la forma que solicitaban los demandados y reconvenientes; que se declarase que la participación de los actores en la herencia de su madre, en relación con los bienes procedentes de las herencias de D. Josep Llangort y D^a Carolina Peral Alviñá, se tenía que limitar al importe de la legítima y, también, que se declarase que los actores habían perdido cualquier derecho sobre las herencias de D. Josep M^a, D^a M^a Josefa, D^a Carolina, y D^a Pilar Llangort Peral, en relación con los bienes que habían heredado de sus padres; que se declarase que la propiedad de la vivienda situada en la planta segunda, puerta primera, del edificio que había sido vivienda familiar de D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá corresponde a D^a Angela, D^a Dolors, D. Francesc, D. Eladi, D. Jesús y D^a Lourdes Galindo Llangort en una séptima parte indivisa a cada uno de ellos y que la séptima parte restante corresponde a D^a Francesca, D^a Elena y D. Josep M^a Galindo Palau; que se declare que la propiedad de la vivienda situada en el expresado edificio, corresponde por mitades indivisas a D^a Angela y a D. Francesc Galindo Llangort; que se declare que la propiedad del despacho situado en la planta principal del mismo edificio corresponde a D. Eladio y a D. Jesús Galindo Llangort y, finalmente, que se condene a los actores a otorgar los documentos necesarios para la efectividad de las declaraciones anteriores.

E/ El Juzgado de Primera Instancia de La Seu d'Urgell dictó sentencia el 13 de diciembre de 1996, estimando en parte la demanda y la reconvenición, cuya parte dispositiva decide que los bienes que no fueron objeto de prelegados y los pendientes de partición de las herencias de D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá, entre los que no se hallan las cuatro viviendas y el despacho situados en el edificio que fue la vivienda familiar de los consortes expresados, tienen que dividirse por séptimas partes iguales entre las siete líneas o estirpes de herederos; que la propiedad de la vivienda situada en la planta principal del edificio expresado, pertenece por mitades indivisas a D^a Angela y a D. Francesc Galindo Llangort; que la propiedad del despacho situado en la misma planta, pertenece por mitades indivisas, a D. Eladio y a D. Jesús Galindo Llangort; que la propiedad de la vivienda situada en la planta primera del mismo edificio pertenece a los herederos de D. Josep M^a, D^a M^a Josefa, D^a Pilar y D^a Carolina Llangort Peral en las cuotas que resultan de los testamentos respectivos; que la propiedad de la vivienda situada en la planta segunda del mismo edificio, pertenece a D^a Angela, D^a Dolors, D. Francesc, D. Eladio, D. Jesús y D^a Lourdes Galindo Llangort y a D^a Francesca, D^a Elena y D. Josep M^a Galindo Palau en la proporción de una séptima parte indivisa a cada uno de los primeros y por terceras partes indivisas la séptima parte restante a los segundos; que la propiedad de la vivienda situada en la planta segunda del mismo edificio, pertenece por quintas partes indivisas a los actores, por su condición de hijos y herederos de D^a Mercè Llangort Peral; que los saldos existentes en las cuentas corrientes a la muerte de D^a Carolina Llangort Peral se tenían que repartir por partes iguales entre los caudales relictos de D. Josep M^a, D^a M^a Josefa, D^a Carolina y D^a Pilar Llangort Peral, con la distribución subsiguiente, según los testamentos respectivos y, como consecuencia de este pronunciamiento, condenaba a los actores a devolver la cantidad de 17.314.541 pesetas; que la partición de las herencias de D^a M^a Josefa, D. Josep M^a, D^a Pilar y D^a Carolina Llangort Peral, en todo lo que no resuelven los pronunciamientos anteriores, tiene que practicarse en período de ejecución de sentencia de conformidad con los testamentos respectivos; que tienen que colacionarse a las expresadas herencias los bienes que no se repartieron y sus frutos, que tienen que venderse en pública subasta los bienes indivisibles, salvo que exista acuerdo entre los litigantes para la efectividad de los pronunciamientos anteriores, sin hacer condena en costas.

F/ Ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación contra esta sentencia. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida dictó sentencia el 19 de marzo de 1997, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, cuya parte dispositiva establece que se estima parcialmente la demanda y que tiene que practicarse la partición y la división de las herencias de D^a Mercè, D^a M^a Josefa, D. Josep M^a, D^a Pilar y D^a Carolina Llangort Peral entre todos los litigantes en período de ejecución de sentencia de conformidad con los títulos respectivos, con inclusión de la cuarta parte de los bienes que no fueron objeto de prelegados ni fueron objeto de reparto entre los coherederos que se hallen en situación de comunidad ordinaria y que procedan de las herencias de D. Jose Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá; que procede colacionar a estas herencias los bienes que no se dividieron y sus frutos; que tienen que venderse en subasta pública los bienes indivisibles, salvo que exista acuerdo entre los interesados y, finalmente, que procede la adjudicación individualizada de los bienes según acuerden los litigantes o el resultado de la subasta. La sentencia estima también la demanda reconventional y declara que los saldos bancarios que estén pendientes de división, tienen que imputarse a cuartas partes iguales a los caudales hereditarios de D. Josep María, D^a M^a Josefa, D^a Carolina y D^a Pilar Llangort Peral, con la distribución subsiguiente a cada uno de ellos según los testamentos respectivos; y que los coherederos tienen que abonarse recíprocamente en las particiones las rentas y los frutos que cada uno de ellos ha percibido de los bienes hereditarios, los gastos útiles y los necesarios y los daños ocasionados por malicia o por negligencia.

G/ La parte demandada y reconveniente ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** </hi> El problema fundamental que tiene que resolverse en este recurso de casación, ya que los motivos de casación primero, segundo, tercero y cuarto persiguen esta finalidad, es determinar si se procedió o no a la división del edificio que era la vivienda familiar de los consortes D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá entre sus siete hijos instituidos herederos a partes iguales por estos consortes. Para centrar la cuestión litigiosa parece oportuno hacer una precisión inicial, como es la de que no nos hallamos, refiriéndonos a la expresada finca, ante un problema de partición hereditaria, sino ante un problema de división de cosa común. Hemos de entender, pues, que es ajustado a derecho el razonamiento del fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida, donde se afirma que los hijos instituidos herederos por los expresados consortes practicaron una verdadera partición hereditaria en relación con las herencias paterna y materna, por la vía de transformar la comunidad hereditaria abstracta que se había creado sobre el patrimonio hereditario paterno y materno en una pluralidad de comunidades ordinarias sobre los bienes concretos que formaban parte de ambas herencias. Que esta conclusión es correcta, se deduce también de la oportunidad de precisar que si bien es cierto que la partición comporta la disolución o extinción de la comunidad hereditaria, también lo es que la partición hereditaria no comporta necesariamente que desaparezca cualquier comunidad material, como sucede en el caso de transformarse la comunidad hereditaria en una pluralidad de comunidades indivisas sobre los bienes que forman parte de la herencia. Y si aplican estas consideraciones sobre el caso que ahora tiene que resolverse, resulta que los hijos de los expresados consortes hicieron una partición jurídica de las herencias de sus padres, pero mantuvieron la indivisión material de los bienes que formaban parte de las herencias paterna y materna por la vía de adjudicarse estos bienes por séptimas partes iguales indivisas. En cualquier caso esta vía implicaba poner fin a la situación de comunidad hereditaria y, también, que se produjese una subrogación de estas comunidades indivisas sobre bienes concretos en la cuota hereditaria abstracta que antes correspondía a cada uno de los coherederos. Con la consecuencia inevitable de tener que procederse en un momento posterior a la partición material de los bienes que los coherederos se habían adjudicado por séptimas partes indivisas. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** </hi> Como se apuntaba hace unos momentos, en el caso del recurso interesa averiguar si los coherederos procedieron o no a dividirse materialmente el edificio que había sido la vivienda familiar de sus padres, que fue objeto de partición jurídica en las escrituras públicas de 23 de noviembre de 1957 y 6 de marzo de 1973.

La sentencia de primera instancia resuelve el problema que acabamos de plantear afirmativamente, sobre la base fundamental de considerar que nos hallamos ante un caso de partición hereditaria que llama mixta, ya que considera que esta partición hereditaria la practicaron conjuntamente los testadores y sus hijos instituidos herederos, conclusión que fundamenta en las cláusulas que aparecen en el testamento de D. Josep Llangort Planas referidas a la finca que había sido su vivienda familiar y en el hecho de que los hijos instituidos herederos respetaron las prevenciones que habían hecho sus padres fuera de testamento sobre división de la casa de los testadores. En cambio, la sentencia de apelación considera que los hijos no procedieron a dividirse materialmente esta casa por falta de consentimiento de todos ellos a poner fin a la situación de indivisión y cita, además, que los documentos privados de los testadores estableciendo unas reglas sobre división de la finca, son anteriores a los testamentos del padre y de la madre y no tienen ninguna proyección sobre sus testamentos; que los hijos se adjudicaron la finca por séptimas partes indivisas; que cuando se hicieron las sucesivas relaciones de bienes que integraban el patrimonio hereditario de cada uno de los hijos instituidos coherederos, se relacionaba siempre una séptima parte indivisa de la expresada casa; y que no se otorgó ninguna escritura de división de la finca en régimen de propiedad horizontal. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** </hi> El motivo primero de casación, fundamentado en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción por no aplicación del artículo 1.253 del Código Civil y jurisprudencia citada, con infracción subsiguiente de los artículos 1.058 y 1.068 del Código Civil. Según la parte recurrente contra la sentencia de la Audiencia que da como probados unos hechos, que según su punto de vista llevan necesariamente a entender, según las reglas lógicas del criterio humano, que los hermanos Llangort Peral en el año 1957 dividieron convencionalmente la finca que era la vivienda familiar de sus padres.

En este punto interesa precisar que nos hallamos ante el problema de determinar si en un momento concreto, los siete hijos copropietarios por séptimas partes indivisas de la finca expresada procedieron o no a dividirse la finca por la vía de una partición convencional prevista en el artículo 402, apartado primero, del Código Civil, según el cual la división de la cosa común podrá hacerse por los interesados. El acuerdo de los interesados sobre división de la cosa común tiene la naturaleza de un contrato pactado entre los copropietarios que tiene por objeto la división material de la cosa común, y al que se aplican las normas generales del Código Civil en materia de contratos. De estas normas generales nos interesa aquí la referida al consentimiento, que según el artículo 1.261 1º del Código Civil es uno de los requisitos o elementos esenciales que cualquier contrato, que se traduce en una voluntad o intención común y que en el caso que ahora nos interesa se proyecta sobre una pluralidad de partes, con la consecuencia de que el contrato tiene que calificarse de plurilateral, ya que exige para su validez el consentimiento o intervención de todos los copropietarios.

Una segunda consideración que hay que hacer es que este consentimiento contractual de un modo u otro tiene que proyectarse hacia el exterior. En este punto están de acuerdo todas las partes litigantes que nunca se otorgó ningún documento público o privado para dar una plasmación externa a su voluntad de dividirse materialmente la vivienda familiar de sus progenitores. Tenemos que considerar, pues, si por la vía de un contrato verbal se practicó o no en un momento determinado la división de la finca expresada, con la previa advertencia de que el ordenamiento jurídico español no pone ningún obstáculo a la posibilidad de poderse originar en forma verbal un contrato de división de cosa común, ya que como explica el artículo 1.278 del Código Civil los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan suscrito, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez. Esto quiere decir, por tanto, que según este precepto es válido el contrato inter partes cualquiera que sea la forma en que se ha suscrito; con la consecuencia de que la falta de documentación del contrato no faculta a ninguna de las partes involucradas en la relación contractual a faltar al cumplimiento de las obligaciones a su cargo (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril y 20 de septiembre de 1989). Y con referencia ya más específica al problema que plantea el recurso es oportuno referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1958, que reconoce eficacia a una partición hereditaria hecha por los coherederos sin otorgar ningún documento público ni privado, sobre la base de considerar que desde el momento en que los interesados habían aceptado los lotes respectivos, el contrato se había perfeccionado y no era necesaria ninguna forma escrita. Criterio perfectamente aplicable al contrato de división de cosa común, ya que según el artículo 406 del Código Civil las reglas concernientes a la división de la herencia serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** </hi> Si según los razonamientos anteriores tenemos que entender que es válida una división de cosa común, que han pactado los copropietarios por la vía de un contrato verbal, que tenía por objeto poner fin a la situación de indivisión, tenemos que considerar ahora si en el caso que origina el recurso se había pactado o no verbalmente este contrato.

Es suficientemente conocido que los contratos pactados verbalmente presentan muchas veces dificultades a la hora de poder acreditar que el contrato se perfeccionó de esta forma y el caso que ahora tenemos que resolver, confirma la aseveración que se acaba de hacer. Esto quiere decir también que ante la imposibilidad de acreditar claramente que los copropietarios en un momento determinado pactaron expresamente poner fin a la situación de indivisión de la vivienda familiar de sus padres, la existencia de un contrato de división tiene que deducirse de hechos o circunstancias que se pueden haber realizado con una intención diferente, pero que indirectamente ponen de manifiesto que existió en un momento determinado un pacto de partición y, por tanto, supondría una incongruencia entender que estos hechos o circunstancias no implican la posibilidad de originar la confianza de que existió la intención o voluntad de poner fin a la situación de indivisión de la finca de referencia. Y en este caso la conducta de Dª Mercè Llangort Peral, madre y causante de los actores y parte recurrida en casación, pone de manifiesto que en un momento determinado, ni que fuera indirectamente, estuvo de acuerdo con la división de la casa de sus padres en el modo que seguramente le habían propuesto los otros copropietarios. Lo acreditan bastante significativamente los hechos siguientes:

1) Que Dª Mercè Llangort Peral había percibido los alquileres del piso segundo, puerta segunda de la finca exclusivamente, es decir, sin que tuviesen ninguna participación en los alquileres los otros copropietarios.

2) El hecho de que los padres de los litigantes hubiesen manifestado en documentos anteriores a los testamentos respectivos, en forma de consejos y a veces imperativamente, su voluntad de atribuir uno de los pisos de la segunda planta de la finca a su hija Mercè, con la prevención de que “si ella no lo ocupa quedan para ella las rentas que produzca su alquiler”.

3) Es cierto que en los testamentos posteriores de los padres no se hace ninguna referencia a las prevenciones contenidas en los documentos anteriores, pero no es menos cierto que tanto la parte actora como la parte demandada en los escritos respectivos de demanda y de contestación a la demanda ponen de manifiesto la veneración y respeto que tuvieron siempre por sus progenitores y si, como hemos de creer, estas manifestaciones se corresponden con la realidad, es congruente entender que los hijos respetarían los consejos y órdenes de sus padres aunque no se reprodujesen en los testamentos respectivos, ya que nunca se ha puesto en duda la existencia de estas prevenciones.

4) Concorre también el hecho bastante significativo de que el piso de la segunda planta, que según voluntad de los padres tenía que adjudicarse a su hija Dª Mercè, desde el año 1972 aparecía a nombre de la hija expresada en los recibos de la contribución territorial urbana y que esta señora pagó siempre las deudas tributarias que gravan la propiedad de la finca, que ponen igualmente de manifiesto que en un momento determinado anterior había consentido la propuesta de división de la finca que habían propuesto los otros copropietarios de acuerdo con las prevenciones de sus progenitores.

5) No tiene que minusvalorarse el hecho de que Dª Mercè Llangort Peral otorgase un testamento ológrafo, en el que legaba el piso de la casa de sus padres a una de sus hijas, que de un modo u otro pone de manifiesto que se consideraba propietaria de la finca objeto del legado, conclusión que no desmiente el hecho de que después los hijos prescindiesen de este documento escrito por su madre y que pidiesen y obtuviesen la declaración de herederos abintestato, ya que no se ha puesto en duda la existencia y la autenticidad del documento manuscrito.

Y 6) Mencionamos, finalmente, que según se ha acreditado en los autos, existe una correlación entre el valor del piso que se había adjudicado a D^a Mercè Llangort Peral y su participación en las herencias paterna y materna, circunstancia ésta que también pone de relieve que existió una partición, ya que una de las características del contrato particional es que cada copropietario tiene derecho a percibir unos bienes, cuyo valor en relación con los bienes que se adjudican a los otros copropietarios se halla en la misma proporción que las cuotas indivisas de las que eran titulares.

Todos estos razonamientos llevan, pues, a la estimación del motivo primero del recurso y a la revocación de la sentencia de apelación en la parte referida a la división material de la casa que fue vivienda familiar de los cónyuges D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá, que ya fue objeto de una división contractual entre los coherederos de los cónyuges expresados y, por tanto, tiene que excluirse de los procedimientos divisorios de los bienes que formaban parte de las herencias de estos cónyuges.

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>La estimación del motivo primero del recurso determina que no se tienen que examinar los motivos segundo, tercero y cuarto, que persiguen la misma finalidad del motivo primero del recurso, que se estima. Como también la innecesariedad de examinar los motivos quinto y sexto del recurso, que alegan la improcedencia de la división material de la casa propiedad de los padres de los coherederos por haberse consumado la usucapión, así como del motivo séptimo del recurso, en el que se alega infracción del artículo 49, apartado segundo, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, y del artículo 1.062, apartado segundo del Código Civil, ya que este motivo del recurso se plantea para el caso de entenderse que no se había hecho la partición de la finca entre los coherederos.

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** - </hi>El motivo octavo del recurso, que también se fundamenta en el artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción por aplicación indebida de los artículos 1.058 y 1.059 del Código Civil y también infracción, en su caso, del artículo 58, apartado primero, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña. La parte dispositiva de la sentencia de apelación establece en el apartado a) que tiene que practicarse la partición y división de las herencias de D^a Mercè, D^a M^a Josefa, D. Josep María, D^a Pilar y D^a Carolina Llangort Peral entre todos los litigantes en el período de ejecución de sentencia de conformidad con los títulos respectivos y los inventarios de cada herencia que se practiquen en el trámite de ejecución de sentencia. La parte recurrente alega que los herederos de D^a Mercè Llangort Peral son sus cinco hijos y que los demandados no alegan ningún derecho sobre la herencia de esta señora y, por consiguiente, su partición es una cuestión que sólo afecta a sus herederos.

Este motivo del recurso de casación también tiene que estimarse, ya que se ha acreditado en los autos que los herederos abintestato de D^a Mercè Llangort Peral son sus cinco hijos y si la partición hereditaria tiene por objeto o finalidad el reparto del patrimonio relicto entre los coherederos, parece claro que estos son los únicos que tienen que intervenir en las operaciones particionales, ya que es una cuestión que afecta sólo a ellos y no a los herederos o a los coherederos de los hermanos y hermanas de su madre y si éstos no tienen ningún derecho a participar en la herencia de D^a Mercè Llangort Peral, sería perturbadora o, en el mejor de los casos, inútil su participación en las operaciones particionales de una herencia ajena a sus intereses.

<div3 n=8>

<p><s><hi rend="bo">**Octavo.** - </hi>El noveno y último de los motivos de casación, que se fundamenta en el artículo 1.962.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega sobre la base del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Según la recurrente, los actores pidieron en su escrito de demanda que se declarase que los bienes no prelegados y pendientes de división que formaban parte de las herencias de D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá, tienen que dividirse por séptimas partes iguales entre las siete líneas o estirpes de herederos y dentro de ellas entre las personas que integraban cada línea o estirpe según las respectivas cuotas individuales; y solicitaban también que la división de todas estas herencias se hiciese en el período de ejecución de sentencia. Según la misma parte recurrente, es incongruente la sentencia de apelación, ya que declara que los actores pueden ejercer la actio communi dividiendo en relación con determinados bienes que tienen que ser incluidos en las herencias de sus actores D^a Dolors y D^a Carme Llangort Peral y esta declaración se cree improcedente sobre la base de considerar que en la demanda se ejercita una acción de partición de herencia y no una acción de división de cosa común.

Este último motivo del recurso tiene que rechazarse, ya que la parte actora pide en su demanda la partición de los bienes que formaban parte de las herencias paterna y materna y no una verdadera partición hereditaria, ya que la partición la practicaron en su momento los coherederos por la vía de una adjudicación de cada uno de los bienes hereditarios por séptimas partes indivisas, según se ha razonado en el fundamento de derecho segundo de esta resolución. Por consiguiente, cuando la sentencia de apelación establece la procedencia de una acción de división de bienes determinados en relación con las herencias de D^a Dolors y D^a Carme Llangort Peral no hace unos pronunciamientos incongruentes, sino unos pronunciamientos que están de acuerdo con la verdadera naturaleza de las acciones que han ejercido las partes en el decurso del litigio. Y se trata, además, de unos pronunciamientos que están comprendidos sustancialmente en el objeto del debate implícitamente en las solicitudes de las partes, que rechazan que pueda estimarse el defecto de falta de congruencia, ya que el organismo jurisdiccional civil está facultado para formular un juicio crítico del modo que entienda más ajustado, ya que el hecho más importante y esencia es que lo que se acuerde en el fallo judicial tenga eficacia suficiente para dejara decididos todos los puntos que han sido objeto de debate (Sentencia del Tribunal supremo de 25 de mayo de 1987).

<div3 n=9>

<p><s><hi rend="bo">**Noveno.** - </hi>Todos estos razonamientos llevan a la estimación sustancial del recurso de casación interpuesto por los demandados. La estimación parcial del recurso determina que no procede hacer ningún pronunciamiento especial sobre pago de las costas causadas por el recurso, ni ningún pronunciamiento sobre el depósito por no haberse constituido. Y por lo que respecta a las costas causadas aen la primera y en la segunda instancia, no se hace expresa imposición de las causadas en ninguna de ambas instancias, según lo establecido en los artículos 523.II y 710.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>En nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Santiago Puig de la Bellacasa Vandellós, actuando en nombre y representación de D^a M^a Dolors, D. Eladi, D. Jesús M., D^a M^a Lourdes, D^a M^a Angela y Xavier Galindo Llangort y de D^a M^a Francesca, D. Josep M^a, D^a M^a Elena y D^a M^a Lourdes Monrós Galindo, y casamos en parte la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida el 19 de marzo de 1997, en el sentido de que estimamos parcialmente la demanda sobre partición y división de las herencias procedentes de D. Josep Llangort Planas y D^a Carolina Peral Alviñá, excepto la finca situada en la Seu d'Urgell y que constituyó la vivienda familiar de los expresados consortes, que tiene que entenderse fue objeto de una división material entre los coherederos en la forma establecida en la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia; y estimamos también que la partición y división de la herencia de D^a Mercè Llangort Peral tiene que practicarse entre sus hijos declarados herederos abintestato, sin ninguna intervención de las otras personas que han intervenido en el litigio; y confirmamos el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida. Sin hacer ningún pronunciamiento respecto del depósito, por no haberse constituido, ni respecto de las costas originadas por el recurso de casación y las que han originado las dos instancias inferiores.

Expídase certificado de la resolución al Presidente del expresado Tribunal, devuélvanse los autos y el rollo enviados a esta Sala y publíquese la presente sentencia como establece la Ley.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 4 DE SETEMBRE DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Souca, SA /Maria Martín i Vázquez</head>

<head type=sub rend="bo">A) Text original</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió: naturalesa jurídica.- Recurs de revisió en cas de maquinacions fraudulentes.- Citació a termini per edictes: requisits.- Domicili electiu: efectes.- Prova de confessió en judici.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que s'esmenten damunt, ha vist aquestes actuacions corresponents al recurs extraordinari de revisió que va interposar SOUCA, SA, representada pel procurador Sr. Alfonso Martínez Campos i defensat pel lletrat Sr. Felipe Izquierdo Téllez, contra la Sentència dictada en el Jutjat de Primera Instància núm. 38 de Barcelona en el procediment declaratiu de menor quantia núm. 277/94 a instàncies de la Sra. María Martín Vázquez, representada pels procurador Sr. Francesc Pascual Pascual i defensat per la lletrada Sra. Montserrat Oliveras Vivancos, contra el recurrent esmentat i

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** - </hi> El procurador, en representació acreditada de SOUCA, SA, mitjançant l'escrit de data 6 de març de 1997, va interposar una demanda de recurs de revisió contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 38 de Barcelona, en el qual han estat parts el demandat, aquí recurrent, SOUCA, SA, i l'actora, aquí recorreguda, Sra. María Martín Vázquez.

Un cop al·legats els fets i els fonaments que considerava oportuns, va demanar a la Sala que dictés una sentència en què s'estimés procedent la revisió sol·licitada i es rescindís totalment la sentència impugnada. Mitjançant el primer altressí i a l'efecte previst en l'art. 1.799 de la LEC, hi annexava un resguard justificatiu d'ingrés de 50.000 PTA; en el segon altressí demanava la recepció a prova. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Mitjançant la provisió del 6 de març passat es van tenir per presentats l'escrit i els documents amb què es va formar el rotlló oportú, el qual es va registrar en el llibre corresponent i se'n va testimoniar un resguard de dipòsit. Per provisió de data 13 d'aquest mateix mes es va tenir per part legítima en nom de la part recurrent el procurador Sr. Alfonso Martínez Campos i per interposat el recurs de revisió de la Sentència ferma que va dictar el Jutjat de Primera Instància núm. 38 de Barcelona en el judici de menor quantia núm. 277/94. D'acord amb el que preveu l'art. 1.801 de la LEC, pàr. 2n, es va acordar reclamar els antecedents del plet al jutjat esmentat i disposar la citació a termini de tots els que haguessin litigat en les actuacions, perquè en termini de quaranta dies compareguessin a sostenir el que convingués al seu dret, amb el lliurament de les còpies i les cèdules oportunes. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Mitjançant providència de data 29 de maig passat, es va tenir per comparegut i part el procurador dels tribunals Sr. Francisco Pascual Pascual en representació del Sra. Maria Martin Vazquez, d'acord amb la designa apud acta efectuada el dia 14 del mateix mes i es va tenir per evacuat el tràmit de contestació i d'acord amb allò que ambdues parts van sol·licitar, es va acordar la recepció del plet a prova per un termini de 20 dies comuns a les parts per proposar i practicar. Es van formar les corresponents peces separades de prova i es van practicar les que es van admetre que eren pertinents, amb el resultat que consta en aquestes actuacions. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> Mitjançant provisió de data 7 de juliol passat, es va acordar assenyalar el dia 17 del mateix mes per a la celebració de vista, la qual va tenir lloc amb l'assistència dels lletrats i procuradors d'ambdues parts, sol·licitant la part recurrent que s'estimés el recurs interposat en el mateix sentit reflectit en l'escrit del recurs, amb condemna expressa en costes a la part contrària, i la part recorreguda que es confirmés la sentència dictada en el seu dia. Mitjançant provisió de data 21 de juliol passat, es va acordar escoltar el Ministeri Fiscal, d'acord amb el que preveu l'art. 1.802 de la Llei d'enjudiciament civil. Un cop efectuat aquest tràmit, les actuacions van quedar pendents per dictar sentència. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. PONÇ FELIU I LLANSÀ. </s></p></div3>

</div2>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer** -</hi> Aquest recurs de revisió el fonamenta l'entitat mercantil Souca, SA en la causa núm. 4 de l'article 1796 de la Llei d'enjudiciament civil, perquè entén que la Sentència ferma ara objecte de revisió fou guanyada injustament per una maquinació fraudulenta consistent en una manca de notificació del procediment a la societat esmentada. Més en concret, es diu que tal dèficit de comunicació deriva d'un actuar de la Sra. Martín Vázquez clarament dirigit a ocultar a Souca, SA la iniciació del judici, amb l'objecte de provocar-ne la indefensió mitjançant una citació edictal, practicada en l'antic domicili social i no en l'actual, malgrat que -diu la ara demandant- aquell era conegut de sobres per la Sra. Martín Vázquez.

I, respecte d'això, cal observar els antecedents següents: 1r. La Sra. Maria Martín Vázquez interposà en data 5 de febrer de 1993 una demanda de judici declaratiu contra Souca, SA en què sol·licitava l'elevació a escriptura pública del contracte de compravenda signat entre aquests litigants en data 19 de desembre de 1981 amb motiu de l'adquisició per la Sra. Maria Martín d'un local comercial en la casa núm. 11 del carrer Varsòvia de Barcelona. 2n. En aquesta demanda es deia que el preu fixat per la referida compravenda fou el d'1.400.000 ptes., de les quals se'n pagaren 20.000 en l'acte de la firma i la resta mitjançant lletres de canvi a raó de 56.868 ptes. cada una i venciment mensual al llarg de quaranta-tres terminis. En invocar-se el total pagament del preu, es demanava en la demanda la consegüent condemna documentada privadament, i s'assenyalava com a domicili de Souca, SA el de l'Avinguda de Borbón, 2-4 de Barcelona, o sigui el mateix que constava en tal contracte privat de compravenda. 3r. Admesa que fou la demanda, s'acordà emplaçar en legal forma a "Souca, S.A." en el domicili indicat, cosa que originà una primera diligència negativa de data 20 d'abril de 1994 i una segona i última del dia 25 següent. D'aquesta darrera resultà que una veïna de l'edifici va informar l'oficial habilitat "que la empresa por la que se le pregunta y su administrado D. José Castro Barrio hace tres o cuatro años que cambió el despacho abierto al público que tenía en el piso primera tercero de esta finca, creyendo que se dedicaba a administración de fincas, sabiendo que el local desde entonces permanece cerrado, desconociendo el actual domicilio de dicha empresa; extremo éste igualmente manifestado por varios empleados de la empresa "Talleres, SA, vehículos de ocasión, sita en los bajos de la finca". 4t. Fallit aquest intent de citació, acordà el Jutjat de 1a Instància núm. 38 de Barcelona, a instàncies de la demandant, la citació edictal de Souca, SA. 5è. Publicats els edictes i incompareguda l'empresa, es dictà en data 20 de gener de 1995 Sentència en la qual, acollint la demanda, es condemna Souca, SA "a otorgar la correspondiente escriptura pública del contrato de compraventa privado acompañado como documento nº 1 de la demanda a favor de la actora, con el apercibimiento de que caso de no efectuarlo, se otorgará judicialmente y con expresa imposición de costas a la demandada", atorgament, que, en efecte, es realitzà, amb el corresponent accés al Registre de la Propietat. 6è. Fou precisament mitjançant una nota simple d'aquest Registre pel que Souca, SA manifesta haver-se assabentat de l'atorgament de l'escriptura pública esmentada. 7è. Com que Souca, SA afirma que de la totalitat de les lletres de canvi que havia de sufragar la Sra. Martín Vázquez, quatre d'elles resten impagades, manté la improcedència de l'atorgament del referit instrument públic de translació del domini i la inscripció registral subsegüent, i ho fonamenta en l'incompliment del contracte privat. 8è. La compradora, ara demandada, s'oposa a aquesta interpel·lació judicial adduint, en síntesi, que és incert l'ànim fraudulent que se li atribueix, puix que va limitar-se a assenyalar el domicili que apareixia en el contracte de compravenda, sense cercar cap disseny il·lícit i menys el de causar la indefensió de la venedora i expressa, àdhuc, la seva sorpresa que, malgrat el transcurs de tants anys des de la signatura del contracte privat i d'haver-ne pagat íntegrament l'import, s'exerceixi aquesta acció rescissòria, essent així que des de que finalitzà el termini de pagament de l'última canvia, o sigui, l'any 1988, en cap moment es posà en contacte la venedora amb la Sra. Maria Martín ni encara menys li reclamà cap quantitat endarrerida. Qualifica, en fi, aquesta acció de temerària per tal com només a la passivitat de Souca, SA pot atribuir-se l'incompliment contractual de no haver volgut elevar l'instrument privat de compravenda a escriptura pública, cosa que legitimava -conclou la recurrent- a demanar l'auxili judicial, com així ho va fer. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Respecte d'això, cal esmentar la recent sentència del Tribunal Constitucional de 24-2-1997, que, refermant una línia ja del tot consolidada, ensenya que “la cuestión que la demanda nos pone en suerte consiste en averiguar si los emplazamientos y las notificaciones edictales o en los estrados, ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real, afectan, o no, a la efectividad de la tutela judicial, que, como derecho fundamental, se configura en la CE y cuya tacha más grave es la indefensión (art. 24.1 CE) para evitar que nadie pueda ser perjudicado en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos por una decisión judicial producida a sus espaldas, en el curso de un proceso donde no se le haya dado ocasión de comparecer para defenderse, si a bien lo tuviere. Consecuencia de ello es que los actos de comunicación del órgano jurisdiccional, y especialmente aquéllos que tienen como destinatario a quienes habrían de ser parte en el proceso, ofrezcan una singular trascendencia, por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de los derechos e intereses en litigio (STC 36/1987), previniendo así el riesgo de una conducta “inaudita parte”, sin ser oído y vencido en juicio. No puede haber victoria donde no hubo oportunidad de luchar, o dicho en lenguaje forense, litigar. Por ello la citación o el emplazamiento hecho en edictos, cuya recepción por el destinatario del llamamiento judicial no puede ser demostrada, ha de entenderse necesariamente como un último y supletorio remedio al que sólo cabe acudir cuando efectivamente el domicilio no fuere conocido (SSTC 97/1992 y 193/1993, entre otras), siendo en principio compatible con el artículo 24.1 de la CE (STC 97/1992), siempre y cuando se llegue a la convicción razonable o a la certeza del hecho que le sirve de factor desencadenante, no ser localizable el demandado, a cuyo fin la oficina judicial ha de agotar las gestiones en averiguación del paradero por los medios normales a su alcance”; això en l'avinentesa que, si bé “la maquinación fraudulenta a que se refiere el apartado 4º del art. 1796 de la L.E.C. precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí solos evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario. (. de 7-5-1991, por todas),” se da la circunstancia de revisión acogida en el núm. 4 del art. 1692 de la LEC cuando el demandante en el juicio a que la revisión se refiere no empleó una diligencia elemental, cuando tenía medios adecuados para ello... por lo que al así no actuar la parte pone de manifiesto un ánimo de impedir la oposición y defensa “ (S. del T.S. de 5-4-1996). </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> Sota aquestes directrius s'haurà d'examinar, doncs, si l'activitat desenvolupada per part de la Sra. María Martín Vázquez, en ordre a una citació correcta de Souca, SA, ha de qualificar-se de plausible i, per tant, de suficient per a donar satisfacció al dret de defensa de la contrapart, o, en canvi, la manca d'una elemental diligència generarà una tan substancial minva d'aquest dret que no permeti valoració altra que la d'haver procedit la llavors demandant amb la fraudulència recollida en el núm. 4 de l'esmentat numeral.

I., respecte d'això, cal avançar ja que no es detecta en el cas aquest ànim de minoració intencionada del dret de defensa de la mercantil ara recurrent, atès que:

a) De l'anàlisi de la prova de Souca, SA no es desprèn cap dada conclouent que la Sra. María Martín Vázquez conegués el canvi de domicili de la societat referida amb relació al que figurava en el lloc ressenyat en el contracte inicial de compravenda privat. És cert que figura en les actuacions (doc. núm. 9, foli. 49), un imprès en el qual consta com a nou domicili social de tal mercantil el del carrer de Diputació núm. 256 bis, 4r 2n, però no passa de constituir una fulla en blanc, sense la menor ressenya de quelcom significatiu i que, per tant, res no prova, ni respecte a data ni molt menys amb relació a la seva possible recepció per la Sra. María Martín. Aquesta mateixa argumentació és l'adequada pel que fa al document núm. 8, foli. 48, (un altre full en blanc en la qual consta la sola impressió de denominació i raó social de “Construcciones José Castro, SA) i als 10,11,12,13,14 i 15 (folis 50 a 55). Amb referència a aquests darrers i, àdhuc, admetent a efectes dialèctics el que diu la demanda sobre que “Souca, SA forma parte de un grupo de empresas de carácter familiar dedicadas al negocio de la construcción ubicadas en el mismo edificio, con idéntico domicilio social y cuyo administrador coincide en la persona del ya mencionado Sr. José Castro Barrio”, en cap cas no s'ha demostrat la recepció, per part de la senyora María Martín Vázquez, d'aquesta documentació requerint-la perquè pagui, que per cert -i això ja tomarà a ser comentat- correspon a un remot període comprès entre gener de 1984 i maig de 1985. Respecte d'això, ha estat contundent la prova de confessió de la suposada requerida en negar terminantment la recepció d'aquestes cartes i afegir que ni tan sols coneix el Sr. José Castro (posició tercera). És cert- i això introduirà el principal element de dubte- que ha aportat Souca, SA un document (el núm. 16, que consta al foli 56) que correspon a un telegrama enviat a Construcciones Castro i al carrer de Diputació 256, bis, de data 11 de febrer de 1991 en el qual el lletrat Sr. Francisco del Blanco fa l'oferiment d'abonar determinades quantitats en nom de la Sra. María Martín, però el cert és que aquesta també té declarat que “nunca ha tenido otro abogado que no fuera la Srta. Oliveras “(posició quarta), i ha negat reiteradament i fermament qualsevol certesa a les restants posicions referides a aquest particular, així com, és clar, el fonamental aspecte que tingués notícia del canvi de domicili de Souca, SA.

b) A tot el que precedeix cal afegir les inferències derivades del comportament extraprocessal de Souca, SA. Estranya sobre manera, en efecte, l'actitud excepcionalment passiva d'aquesta societat pretesament creditora, puix que surt d'una mínima normalitat el que, en la hipòtesi de remissió de les referides cartes de reclamació, aquest esdeveniment es produís en dates 19 de gener, 10 d'abril, 5 de juny, 8 de juny i 27 de desembre de 1984, així com l'última, en 9 de maig de 1985, i no consta cap mes interpel·lació contra la hipotètica deutora fins a aquesta demanda de revisió presentada el 6 de març de 1997, o sigui, pràcticament dotze anys més tard (salvant el boirós episodi representat pel l'esmentat telegrama de l'11 de febrer de 1991 del que ja se n'ha fet l'oportuna crítica).

c) En definitiva, el que importa als efectes d'aquest recurs és que en el contracte privat de compravenda subscrit entre els litigants va fixar-se com a domicili de la venedora el situat a l'avinguda de Borbó núm. 2 i 4, lloc en el qual va intentar-se per dues vegades la citació, i es va acudir només a la mecànica edictal quan les informacions dels veïns portaren a l'ànim de l'òrgan judicial i de la demandant en aquell procés l'extrema dificultat de continuar amb més recerques, puix que s'assabentaren que l'empresa feia ja anys que s'havia traslladat sense deixar als veïns esmentats dades de localització. I això elimina qualsevol mala fe en l'actuació de la Sra. María Martín, que no va facilitar cap domicili fictici de Souca, SA, sinó l'únic del que tenia constància contractual i en la ubicació del qual hagués estat lògic i àdhuc probable que algun veí hagués conegut la nova adreça per poca diligència que hagués emprat l'empresa a comunicar-ho, cosa que il·lustra, per una banda, sobre la ja referida insòlita passivitat de Souca, SA, i, per l'altra, sobre l'absència de propòsit espuri de la demandada, ja que si hagués actuat amb disseny de frau difícilment hagués assumit el risc que qualsevol veí hagués facilitat -com per altra banda era lògic i fins i tot probable- el nou domicili de l'empresa.

d) En aquestes circumstàncies adquireix tot el seu sentit l'admonició que aquest recurs "por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza requiere que la interpretación de los supuestos que la integran haya de realizarse con criterio restrictivo (S. del T.S. de 30-6-1988, per totes) i és traslladable al cas la doctrina d'aquesta Sala (per exemple, sentència núm. 4/96, de 5 de març) quan recorda que "la sentencia del 3 de julio de 1992 aprecia que es correcta la citación de la demandada, actual recurrente en revisión, para el juicio de menor cuantía promovido por el comprador en el domicilio que ella misma designó espontáneamente en el documento privado en que se convino la compraventa. Muy recientemente, la sentencia de 4 de Noviembre de 1996 estima razonable el emplazamiento en el domicilio que figura en el contrato, sin que sea exigible "una actividad policíaca de indagación y pesquisas que exceden en mucho a la simple diligencia de resultados positivos y seguros y con suficiente intensidad para despojar de todo su valor al domicilio del contrato, donde se practicó el emplazamiento judicial"; doctrina la transcrita aplicable, doncs, "in integrum" al cas examinat i que provoca el refús de la pretensió revisòria actuada. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> L'article 1.809 de la Llei d'enjudiciament civil disposa que quan el recurs de revisió es declari improcedent, es condemnarà al pagament de les costes i a la pèrdua del dipòsit a aquell que l'hagués promogut. </s></p></div3>

<div3><p><s>ATESES les disposicions legals citades i altres d'aplicació, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que DESESTIMEM el recurs de revisió formulat per la representació processal de "Souca, SA" pel qual es pretenia la rescissió de la sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 38 de Barcelona en les actuacions de judici de menor quantia núm. 277/94; amb expressa imposició a la societat esmentada de les costes causades i a la pèrdua del dipòsit constituït.

Contra aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.
Així ho acordem, ho manem i ho signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 4 DE SETIEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Souca, S.A. / María Martín Vázquez</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión: naturaleza jurídica.- Recurso de revisión en caso de maquinaciones fraudulentas.- Citación del demandado por edictos: requisitos.- Domicilio electivo: efectos.- Prueba de confesión en juicio.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, los presentes autos correspondientes al recurso extraordinario de revisión interpuesto por SOUCA, S.A. representada por el Procurador D. Alfonso Martínez Campos y defendido por el letrado D. Felipe Izquierdo Téllez contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona en el juicio declarativo de menor cuantía nº 277/94 a instancias de Dª María Martín Vázquez, representada por el Procurador D. Francesc Pascual Pascual y defendida por la Letrada Dª Montserrat Oliveras Vivancos, contra el expresado recurrente.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Procurador, en representación acreditada de SOUCA, S.A. mediante el escrito de fecha 6 de marzo de 1997, interpuso demanda de recurso de revisión contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, siendo partes el demandado, aquí recurrente, SOUCA, S.A. y la actora, aquí recurrida, Dª María Martín Vázquez.

Alegados los hechos y fundamentos de derecho oportunos, solicitó a la Sala dictase sentencia estimando procedente la revisión solicitada y rescindiendo totalmente la sentencia impugnada. Por otrosí y según lo previsto en el art. 1.799 de la LEC, anexaba resguardo justificativo de ingreso de 50.000 pesetas; en el segundo otrosí solicitaba el recibimiento a prueba.

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Por providencia de 6 de marzo pasado teniendo por presentados el escrito y documentos acompañados, se formó el rollo oportuno, registrándose en el libro correspondiente, con testimonio del resguardo de depósito. Por providencia de fecha 13 de este mismo mes se tuvo por parte legítima en nombre de la recurrente al Procurador D. Alfonso Martínez Campos y por interpuesto el recurso de revisión de la Sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona en el juicio de menor cuantía nº 277/94. Según lo previsto en el art. 1.801 de la LEC, párrafo 2º, se acordó reclamar los antecedentes del pleito al expresado juzgado, disponiendo la citación dentro de plazo de todos los que hubiesen litigado en los autos, para que en el término de cuarenta días compareciesen a sostener lo que a su derecho convenga, con entrega de las oportunas copias y cédulas de citación.

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Por providencia de 29 de mayo pasado se tuvo por comparecido y parte al Procurador de los Tribunales D. Francisco Pascual Pascual en representación de Dª María Martín Vázquez, según la designa apud acta efectuada el 14 del mismo mes teniendo por evacuado el trámite de contestación y según lo solicitado por ambas partes, acordándose el recibimiento del pleito a prueba por un plazo de 20 días comunes a las partes para proponer y practicar. Formándose las correspondientes piezas separadas de prueba y practicándose las admitidas declaradas pertinentes, con el resultado que consta en autos.

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi> Por providencia de fecha 7 de julio pasado, se acordó señalar el 17 del mismo mes para la celebración de vista, celebrándose con la asistencia de los letrados y procuradores de las partes, solicitando la recurrente se estimase el recurso interpuesto en el mismo sentido reflejado en el escrito del recurso, con expresa condena en costas a la contraria, y la recurrida se confirmase la sentencia dictada en su día. Acordándose, por providencia de fecha 21 de julio pasado, oír al Ministerio Fiscal, según lo previsto en el art. 1.802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Evacuado el trámite, los autos quedaron pendientes para dictar sentencia.

<div3><p><s>Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. PONÇ FELIU LLANSÁ </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El presente recurso de revisión lo fundamenta la entidad mercantil Souca, S.A. en la causa nº 4 del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque entiende que la Sentencia firme ahora objeto de revisión fue ganada injustamente por una maquinación fraudulenta consistente en una falta de notificación del procedimiento a la expresada sociedad. Más en concreto, se dice que tal déficit de comunicación deriva de un actuar de la Sra. Martín Vázquez claramente dirigido a ocultar a Souca, SA la iniciación del juicio, con el objeto de provocar la indefensión mediante una citación edictal, practicada en el antiguo domicilio social y no en el actual, a pesar de que -dice la ahora demandante- aquél era de sobra conocido por la Sra. Martín Vázquez.

Y, respecto de esto, hay que observar los antecedentes siguientes:

1º Dª María Martín Vázquez interpuso con fecha 5 de febrero de 1993 demanda de juicio declarativo contra Souca, SA solicitando la elevación a escritura pública del contrato de compraventa firmado entre estos litigantes con fecha 19 de diciembre de 1981 con motivo de la adquisición por la Sra. María Martín de un local comercial en la casa nº 11 de la calle Varsovia de Barcelona.

2º En esta demanda se decía que el precio fijado para la referida compraventa fueron 1.400.000 pesetas, de las que se pagaron 20.000 en el acto de la firma y el resto mediante letras de cambio a razón de 56.868 pesetas cada una y vencimiento mensual a lo largo de cuarenta y tres plazos. Al invocarse el pago total del precio, se pedía en la demanda la consiguiente condena documentada privadamente, y se señalaba como domicilio de Souca, S.A. el de la Avenida de Borbón, 2-4 de Barcelona, o sea el mismo que constaba en tal contrato privado de compraventa.

3º Admitida la demanda, se acordó emplazar en legal forma a "Souca SA" en el domicilio indicado, lo que originó una primera diligencia negativa de fecha 20 de abril de 1994 y una segunda y última del día 25 siguiente. De esta última resultó que una vecina del edificio informó al oficial habilitado "que la empresa por la que se le pregunta y su administrador D. José Castro Barrio hace tres o cuatro años que cambió el despacho abierto al público que tenía en el piso primero tercera de esta finca, creyendo que se dedicaba a administración de fincas, sabiendo que el local desde entonces permanece cerrado, desconociendo el actual domicilio de dicha empresa; extremo éste igualmente manifestado por varios empleados de la empresa "Talleres, SA, vehículos de ocasión, sita en los bajos de la finca".

4º Fallido este intento de citación, acordó el Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona, a instancias de la demandante, la citación edictal de Souca, SA.

5º Publicados los edictos e incomparecida la empresa, se dictó con fecha 20 de enero de 1995 Sentencia en la que, acogiendo la demanda, se condena a Souca, SA "a otorgar la correspondiente escritura pública del contrato de compraventa privado acompañado como documento nº 1 de la demanda a favor de la actora, con el apercibimiento de que caso de no efectuarlo, se otorgará judicialmente y con expresa imposición de costas de la demandada", otorgamiento, que, en efecto, se realizó, con el correspondiente acceso al Registro de la Propiedad.

6º Fue precisamente por nota simple de este Registro por el que Souca, SA manifiesta haberse enterado del otorgamiento de la escritura pública expresada.

7º Como Souca, SA afirma que de la totalidad de las letras de cambio que tenía que sufragar la Sra. Martín Vázquez, cuatro de ellas resultaron impagadas, mantiene la improcedencia del otorgamiento del referido instrumento público de traslación del dominio y la inscripción registral subsiguiente, y lo fundamenta en el incumplimiento del contrato privado.

8º La compradora, ahora demandada, se opone a esta interpelación judicial aduciendo, en síntesis, que es incierto el ánimo fraudulento que se le atribuye, puesto que se limitó a señalar el domicilio que aparecía en el contrato de compraventa, sin buscar ningún designio ilícito y menos el de causar la indefensión de la vendedora y expresa, incluso, su sorpresa de que, a pesar del transcurso de tantos años desde la firma del contrato privado y de haber pagado íntegramente el importe, se ejerza esta acción rescisoria, siendo así que desde que finalizó el plazo de pago de la última cambial, o sea, en 1988, en ningún momento se puso en contacto la vendedora con Dª María Martín ni aún menos le reclamó ninguna cantidad retrasada. Califica, en fin, esta acción de temeraria pues sólo a la pasividad de Souca, SA puede atribuirse el incumplimiento contractual de no haber querido elevar el instrumento privado de compraventa a escritura pública, cosa que legitimaba -concluye la recurrente- a pedir el auxilio judicial, como así lo hizo. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Respecto de esto, hay que citar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 24.2.1997, que, reafirmando una línea ya del todo consolidada, enseña que “la cuestión que la demanda nos pone en suerte consiste en averiguar si los emplazamientos y las notificaciones edictales o en los estrados, ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real, afectan, o no, a la efectividad de la tutela judicial, que, como derecho fundamental, se configura en la CE y cuya tacha más grave es la indefensión (art. 24.1 CE) para evitar que nadie pueda ser perjudicado en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos por una decisión judicial producida a sus espaldas, en el curso de un proceso donde no se le haya dado ocasión de comparecer para defenderse, si a bien lo tuviere. Consecuencia de ello es que los actos de comunicación del órgano jurisdiccional, y especialmente aquellos que tienen como destinatario a quienes habrían de ser parte en el proceso, ofrezcan una singular trascendencia, por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de los derechos e intereses en litigio (STC 36/1987), previniendo así el riesgo de una conducta “inaudita parte”, sin ser oído y vencido en juicio. No puede haber victoria donde no hubo oportunidad de luchar, o dicho en lenguaje forense, litigar. Por ello la citación o el emplazamiento hecho en edictos, cuya recepción por el destinatario del llamamiento judicial no puede ser demostrada, ha de entenderse necesariamente como un último y supletorio remedio al que sólo cabe acudir cuando efectivamente el domicilio no fuere conocido (SSTC 97/1992 y 193/1993, entre otras), siendo en principio compatible con el artículo 24.1 de la CE (STC 97/1992), siempre y cuando se llegue a la convicción razonable o a la certeza del hecho que le sirve de factor desencadenante, no ser localizable el demandado, o cuyo fin la oficina judicial ha de agotar las gestiones en averiguación del paradero por los medios normales a su alcance”; esto en la ocasión que, si bien “la maquinación fraudulenta a que se refiere el apartado 4º del art. 1.796 de la LEC precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí solos evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario. (de 7.5.1991, por todas), “se da la circunstancia de revisión acogida en el nº 4 del art. 1.692 de la LEC cuando el demandante en el juicio a que la revisión se refiere no empleó una diligencia elemental, cuando tenía medios adecuados para ello... por lo que al así no actuar la parte pone de manifiesto un ánimo de impedir la oposición y defensa” (S. del T.S. de 5.4.1996). </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** -</hi> Bajo estas directrices tendrá que examinarse, pues, si la actividad desarrollada por parte de Dª María Martín Vázquez, en orden a una citación correcta de Souca, SA, tiene que calificarse de plausible y, por tanto, de suficiente para dar satisfacción al derecho de defensa de la contraparte, o, en cambio, la falta de una elemental diligencia generó una tan sustancial disminución de este derecho que no permita otra valoración que la de haber procedido la entonces demandada con la fraudulencia recogida en el nº 4 del expresado numeral.

Y, respecto de ello, hay que avanzar que no se detecta en el caso este ánimo de disminución intencionada del derecho de defensa de la mercantil ahora recurrente, puesto que:

a) Del análisis de la prueba de Souca, SA no se desprende ningún dato concluyente de que Dª María Martín Vázquez conociese el cambio de domicilio de la sociedad referida con relación al que figuraba en el lugar reseñado en el contrato inicial de compraventa privado. Es cierto que figura en autos (doc. nº 9, fol. 49), un impreso en el que consta como nuevo domicilio social del tal mercantil el de la calle Diputación nº 256 bis, 4º 2ª, pero no pasa de constituir una hoja en blanco, sin la menor reseña de nada significativo y que, por tanto, nada prueba, ni respecto a fecha ni mucho menos con relación a su posible recepción por Dª María Martín. Esta misma argumentación es la adecuada respecto del documento nº 8, folio 48 (otra hoja en blanco en la que consta la sola impresión de denominación y razón social de “Construcciones José Castro, SA) y respecto de los nº 10, 11, 12, 13, 14 y 15 (folios 50 a 55). Con referencia a éstos últimos e, incluso, admitiendo a efectos dialécticos lo que dice la demanda sobre que “Souca, SA forma parte de un grupo de empresas de carácter familiar dedicadas al negocio de la construcción ubicadas en el mismo edificio, con idéntico domicilio social y cuyo administrador coincide en la persona del ya mencionado D. José Castro Barrio”, en ningún caso se ha demostrado la recepción por parte de Dª María Martín Vázquez, de esta documentación requiriéndola para que pague, que por cierto- y esto ya volverá a ser comentado- corresponde a un remoto período comprendido entre enero de 1984 y mayo de 1985. Respecto de ello, ha sido contundente la prueba de confesión de la supuesta requerida al negar terminantemente la recepción de estas cartas y añadir que ni siquiera conoce a D. José Castro (posición tercera). Es cierto -y ello introducirá el principal de elemento de duda- que ha aportado Souca SA un documento (el nº 16, obrante al folio 56) que corresponde a un telegrama enviado a Construcciones Castro y a la calle Diputación 256 bis, de fecha 11 de febrero de 1991 en el que el letrado D. Francisco del Blanco hace el ofrecimiento de abonar determinadas cantidades en nombre de Dª María Martín Martín, pero lo cierto es que ésta también tiene declarado que “nunca ha tenido otro abogado que no fuera la Srta. Oliveras” (posición cuarta), y ha negado reiteradamente y firmemente cualquier certeza en las restantes posiciones referidas a este particular, así como, claro, el fundamental aspecto que tuviese noticia del cambio de domicilio de Souca, SA.

b) A todo lo precedente hay que añadir las inferencias derivadas del comportamiento extraprocesal de Souca SA. Extraña sobremanera, en efecto, la actitud excepcionalmente pasiva de esta sociedad pretendidamente acreedora, puesto que sale de una mínima normalidad el que, en la hipótesis de envío de las referidas cartas de reclamación, este desarrollo se produjese con fechas 19 de enero, 10 de abril, 5 de junio, 8 de junio y 27 de diciembre de 1984, así como la última, el 9 de mayo de 1985, y no consta ninguna interpelación más contra la hipotética deudora hasta esta demanda de revisión presentada el 6 de marzo de 1997, o sea, prácticamente doce años más tarde (salvando el nebuloso episodio representado por el expresado telegrama del 11 de febrero de 1991 del que ya se ha hecho la oportuna crítica).

c) En definitiva, lo que importa a los efectos de este recurso es que en el contrato privado de compraventa suscrito entre los litigantes se fijó como domicilio de la vendedora el situado en la avenida de Borbón nº 2 y 4, lugar en el que se intentó por dos veces la citación, y se acudió sólo a la mecánica edictal cuando las informaciones de los vecinos llevaron al ánimo del órgano judicial y de la demandante en aquel proceso la extrema dificultad de continuar con más búsquedas, puesto que se enteraron de que la empresa hacía ya años que se había trasladado sin dejar a los expresados vecinos datos de localización. Y ello elimina cualquier mala fe en la actuación de Dª María Martín, que no facilitó ningún domicilio ficticio de Souca, SA, sino el único del que tenía constancia contractual y en cuya ubicación hubiese sido lógico e incluso probable que algún vecino hubiese conocido la nueva dirección por poca diligencia que hubiese empleado la empresa en comunicarlo, cosa que ilustra, por una lado, sobre la ya referida insólita pasividad de Souca, SA, y, por otra, sobre la ausencia de propósito espúreo de la demandada, ya que si hubiese actuado con designio de fraude difícilmente hubiese asumido el riesgo de que cualquier vecino hubiese facilitado -como por otra parte era lógico incluso probable- el nuevo domicilio de la empresa.

d) En estas circunstancias adquiere todo su sentido la admonición que este recurso “por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza requiere que la interpretación de los supuestos que la integran haya de realizarse con criterio restrictivo (S. del T. S. de 30.6.1998, por todas). Y es trasladable al caso la doctrina de esta Sala (por ejemplo, sentencia nº 4/96, de 5 de marzo) cuando recuerda que “la sentencia del 3 de julio de 1992 aprecia que es correcta la citación de la demandada, actual recurrente en revisión, para el juicio de menor cuantía promovido por el comprador en el domicilio que ella misma designó espontáneamente en el documento privado en que se convino la compraventa. Muy recientemente, la sentencia de 4 de noviembre de 1996 estima razonable el emplazamiento en el domicilio que figura en el contrato, sin que sea exigible “una actividad policíaca de indagación y pesquisas que exceden en mucho a la simple diligencia de resultados positivos y seguros y con suficiente intensidad para despojar de todo su valor al domicilio del contrato, donde se practicó el emplazamiento judicial”; doctrina la transcrita aplicable, pues, “in integrum” al caso examinado y que provoca el rechazo de la pretensión revisoria actuada.

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">Cuarto. - </hi>El artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que cuando el recurso de revisión se declare improcedente, se condenará al pago de las costas y a la pérdida del depósito a aquel que lo promovió.</s></p></div3>

<div3><p><s>VISTOS los preceptos legales citados y resto de disposiciones pertinentes,</s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLO</head>

Que DESESTIMAMOS el recurso de revisión formulado por la representación procesal de “Souca, S.A.” pretendiendo la rescisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona en los autos de juicio de menor cuantía nº 277/94; con expresa imposición a la expresada sociedad de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 16 DE SETEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Gerard Firmin de Graeve / Hugo Eugeen August B.M. van Alphen</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de revisió: competència del Tribunal Suprem per a conèixer del recurs si en el litigi que l'ha originat, no s'han aplicat normes del dret civil de Catalunya.- Caràcter públic de les normes sobre competència objectiva i funcional dels organismes jurisdiccionals.**</head>

Vistes per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que consten al marge, aquestes actuacions de recurs extraordinari de revisió interposat pel Sr. Gerard Firmin de Graeve al qual, atès que durant les actuacions es va acreditar la seva mort, va substituir, també com a part actora i recurrent, el seu fill, Iván Julien Rosine de Graeve, representat pel procurador dels tribunals Alfonso M. Flores Muxí i defensat pel lletrat Juan José Foncillas Roselló-Figueras. Aquest recurs s'ha formulat contra la sentència ferma dictada el 15 de novembre de 1993 pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tortosa en les actuacions de judici de menor quantia núm. 242/89 seguides a instàncies del Sr. Gerard Firmin Michel de Graeve contra el Sr. Hugo Eugeen August B. M. Van Alphen, aquest demandat aquí en revisió, representat pel procurador Jaume Gassó Espina i defensat pel lletrat Josep Canicio Querol.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> El procurador Sr. Flores Muxí, en representació del Sr. Gerard Firmin de Graeve, mitjançant un escrit de data 29 de setembre de 1995, va interposar una demanda de recurs extraordinari de revisió contra la sentència ferma dictada amb data 15 de novembre de 1993 pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tortosa en les actuacions de judici de menor quantia núm. 242/89, seguides a instàncies del Sr. Gerard Firmin de Graeve, de nacionalitat belga, contra el Sr. Hugo Eugeen August B. M. Van Alphen.

Com a requisits legals es referia, en primer lloc, a la fermesa de la sentència, i citava l'article 1799 de la Llei d'enjudiciament civil, manifestant que es deduïa de la notificació de la sentència, en data 17 de març de 1994, i que contra ella no es podia interposar cap recurs, com es reflectia en el document número 1. Esmentava l'article 1798 i següents de la Llei d'enjudiciament civil per referir-se al termini per interposar el recurs, i manifestava que la demanda s'interposava abans del termini de 5 anys des de la data en què es va publicar la sentència i dins dels 3 mesos des que el seu mandant va descobrir els documents en ser-li lliurats pel Sr. José Garreta Cusido, a Tarragona, el 6 de juliol de 1995. També feia referència a la constitució del dipòsit previ i adjuntava el resguard acreditatiu d'haver-lo efectuat. Seguidament fonamentava la demanda de revisió en el motiu número 1 de l'article 1796 de la Llei d'enjudiciament civil, per haver guanyat fermesa sense tenir en compte els documents decisius i recobrats que es diran. Finalment, exposava els altres fets i els fonaments de dret que considerava oportuns i suplicava que, després de seguir els tràmits legals, es dictés sentència per la qual es rescindís la resolució ferma impugnada i els altres punts procedents, i per mitjà d'un altresí sol·licitava la recepció a prova del plet.

</s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Per mitjà d'una provisió de 6 d'octubre de 1995 dictada per aquesta Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, es va tenir per presentat l'escrit anterior amb els documents i les còpies que l'acompanyaven i es van formar les actuacions en què es va tenir per comparegut i part el procurador Alfonso Flores Muxí, en la representació que acreditava del Sr. Gerard Firmin de Graeve. Després de designar el ponent, se li van passar les actuacions, i el dia 9 del mateix mes es va dictar una provisió en què s'acordava reclamar els antecedents del plet al Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tortosa. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Un cop rebudes les actuacions reclamades del Jutjat esmentat, per mitjà d'una provisió d'11 de desembre de 1995 es va acordar citar a termini el demandat en les actuacions i aquí part objecte de recurs Hugo Eugene August B. M. Van Alphen, perquè en el termini de 40 dies comparegués per defensar el que convingués al seu dret. Per tal de dur a terme la citació a termini esmentada es va expedir l'exhort oportú. El demandat va comparèixer oportunament, representat pel procurador Sr. Gassó Espina, i es va oposar a la pretensió adversa d'acord amb els fets que exposava i els fonaments de dret que considerava aplicables; finalment suplicava que es tingués per impugnat el recurs i que, després de seguir els tràmits legals i de rebre a prova el procediment, com demanava especialment, es dictés sentència desestimatòria del recurs de revisió i es condemnés al pagament de les costes i a la pèrdua del dipòsit constituït. En la mateixa data de la presentació de l'escrit anterior, és a dir, el 10 d'octubre de 1996, el mateix procurador Sr. Gassó també va presentar un escrit acompanyat de l'original de la certificació de defunció del recurrent Gerard Firmin de Graeve. Per mitjà d'una provisió de 21 del mateix mes, es va tenir el procurador Jaume Gassó Espina esmentat per comparegut en aquestes actuacions en nom del demandat en revisió Hugo August B. M. Van Alphen. Quant a la impugnació que en tràmit de contestació es formulava a la demanda del recurs de revisió, es va disposar que oportunament s'acordaria. Quant a altres presentat, es va traslladar al procurador de la part recurrent perquè manifestés el que al seu dret convingués dins del termini de tres dies. El procurador Sr. Flors Muxí va evacuar el trasllat esmentat manifestant que no havia tingut coneixement de la defunció del seu mandant i aportava una fotocòpia del poder per a plets atorgats al seu favor pel fill del finat. Mitjançant una provisió de 31 d'octubre, i atès que estava acreditat en les actuacions el traspass de l'actor recurrent Gerard Firmin de Graeve, es va tenir per acabada la representació que n'exercia el procurador Flores Muxí. Es van suspendre les actuacions i se li va concedir el termini de 30 dies perquè pogués comparèixer i personar-se amb un nou poder dels hereus o drethavents del finat, sota advertiment del que fos procedent. Tot això de conformitat amb el que estableix el núm. 7 de l'article 9 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> El procurador Alfonso M. Flores Muxí va presentar un escrit en què feia referència al poder general per a plets que acompanyava l'escrit anterior i que havia atorgat al seu favor el Sr. Iván Julien Rosine de Graeve, fill legítim del finat Gerard Firmin Michel de Graeve. Per tal d'unir-la a les actuacions, també adjuntava l'original de l'escriptura de compravenda, atorgada pel matrimoni De Graeve-de Potter, de la finca situada en el terme municipal d'Amposta a favor del seu actual poderdant, és a dir del Sr. Iván Julien Rosine de Graeve, i suplicava a la Sala que tingués per acomplerta aquesta part del requeriment formulat dins el termini i en la forma legal. Per mitjà d'una provisió de 2 de gener de 1997 es van tenir per fetes les manifestacions contingudes en l'escrit presentat pel procurador Flores Muxí i atès que havia acreditat la seva representació processal en nom del Sr. Iván Julien Rosine de Graeve, com a fill del recurrent en aquest procés de recurs de revisió, el finat Sr. Gerard Firmin de Graeve, se'l va tenir per part legítima en nom d'aquell, substituint-lo i col·locant-se en les actuacions en qualitat de part recurrent. Es va impulsar el procediment, i atès que el procurador Sr. Gassó i Espina, en la representació acreditada del demandat Sr. Hugo Eugene August B. M. Van Alphen, havia impugnat la demanda del recurs esmentat de revisió, per via de contestació, mitjançant un escrit de data 7 d'octubre passat, es va tenir per evacuat aquest tràmit i es va disposar que seguissin els successius tràmits conforme al que estableix la Llei d'enjudiciament civil per a la substanciació dels incidents i, en conseqüència, es va rebre a prova l'incident per un termini de 20 dies comú a les parts per proposar-les i practicar-les, dins dels quals es van fer les que es van declarar pertinents de les proposades per una i altra part. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> Un cop finalitzat el termini de prova, per mitjà d'una provisió del dia 24 de febrer es va acordar unir a les actuacions les proves practicades i portar-les a la vista per a sentència amb citació de les parts, sense que cap d'elles, sol·licités dins de termini celebració de vista pública. Mitjançant una provisió del dia 3 de març passat i abans de dictar sentència, es va acordar escoltar el Ministeri Fiscal, conforme al que estableix l'article 1802 de la Llei d'enjudiciament civil, sobre si era procedent o no admetre el recurs, per a la qual cosa se li van comunicar les actuacions originals, que van ser tornades amb l'informe oportú. Per mitjà d'una altre provisió del 20 del mateix mes, es va tenir per evacuat el tràmit acordat i es va assenyalar per a la votació el dia 3 d'abril passat. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> Atès que en l'escrit d'impugnació del recurs de revisió interposat es plantejava, en primer lloc, la pròpia competència d'aquesta Sala, per mitjà d'una provisió de 3 d'abril passat es va acordar formar la Sala amb els cinc magistrats que la componen i, després de suspendre la votació acordada per al dia esmentat es va assenyalar el dia deu del mateix mes per fer-la, la qual va tenir lloc a la sala d'audiències d'aquest Tribunal Superior. Per provisió del mateix dia, per a proveir millor i amb la suspensió del termini per a dictar sentència, atès que la part objecte de recurs s'havia qüestionat, en la contestació al recurs, la competència d'aquesta Sala per conèixer del mateix, es va acordar passar les actuacions al Ministeri Fiscal perquè informés en concret sobre la qüestió plantejada. Després d'emetre l'informe esmentat, per provisió de data 8 d'aquest mes es va aixecar la suspensió del termini per dictar sentència, i es va posar de manifest a les parts els resultats de les diligències acordades per a proveir millor per tal que poguessin al·legar per escrit tot el que consideressin convenient sobre el seu abast o importància, dins dels tres dies següents. Només va evacuar aquest tràmit la representació del demandat en revisió. Per provisió del dia 16 d'aquest mes l'escrit presentat va quedar unit i les actuacions van quedar a la vista per dictar aquesta resolució. </s></p>

</div3>

<div3><p><s><hi rend="bo">Hi ha actuat com a ponent l'Excm. Sr. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FONAMENTS DE DRET</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">Primer. </hi> Aquest recurs de revisió té per objecte la rescissió de la sentència ferma dictada en data 15 de novembre de 1993 pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Tortosa, en les actuacions de judici de menor quantia núm. 242/89, segons es pot llegir en el *petitum* de la demanda de revisió. La sentència esmentada desestima *in totum* les pretensions de l'actor i el condemna al pagament de les costes causades. La sentència va ser apel·lada davant l'Audiència Provincial de Tarragona, i en data 17 de març de 1994 es va dictar sentència confirmatòria de l'anterior i desestimària del recurs d'apel·lació, amb condemna igualment al pagament de les costes causades en la segona instància. Les accions exercitades eren la declarativa i reivindicatòria de la propietat i la de nul·litat del títol del demandat quan concorre una contradicció amb el de l'actor.

En el primer fonament de dret del recurs s'invoca la competència d'aquesta Sala per al seu coneixement i resolució, partint del que estableixen els articles 1801 de la Llei d'enjudiciament civil, i 56.1 i 73.1 b) de la Llei orgànica del poder judicial. La part objecte de recurs, en el primer dels fets del seu escrit d'oposició al recurs, planteja "Excepció dilatòria de falta de competència d'aquest Tribunal. Competència del Tribunal Suprem", amb suport normatiu en l'article 20.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i en el 73.1 b) de la Llei orgànica del poder judicial. Ambdós preceptes -diu la part- atribueixen competència als tribunals superiors de justícia per conèixer del recurs de revisió quan la matèria sobre la qual tracti el litigi sigui de dret civil propi de la comunitat autònoma que es tracti, però aquest no és el cas que tractem.

Resulta obvi, per tant, que aquesta Sala ha de pronunciar-se sobre la seva pròpia -i discutida- competència, amb preferència a qualsevol altra consideració. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon. </hi> L'article 73.1 b) de la Llei orgànica del poder judicial, d'1 de juliol de 1985, va atribuir, com se sap, a les sales civil i penal dels tribunals de justícia competència per conèixer dels recursos de revisió que s'interposin contra o front resolucions d'òrgans judicials ubicats en les respectives comunitats autònomes, en matèria del seu dret civil propi, quan els seus estatuts hagin previst aquesta atribució competencial. L'Estatut d'Autonomia de Catalunya, en el seu article 20, conté una referència específica a aquest recurs, i estableix que "1. La competència dels òrgans jurisdiccionals a Catalunya s'estén: a) En l'ordre civil, a totes les instàncies i graus, inclosos els recursos de cassació i de revisió en les matèries de dret civil català". Les previsions orgàniques i estatutàries responien doncs, pel que fa a la nostra Comunitat, a la tradició històrica integrada per l'article 21 de la Llei de 10 de març de 1934, reguladora del Tribunal de Cassació, i per la jurisprudència d'aquest Tribunal que el va desenvolupar. Al Tribunal de Cassació, en efecte, se li atribuïa la competència per resoldre els recursos extraordinaris de revisió en matèria civil sobre la legislació exclusiva de la Generalitat.

Després d'aquestes disposicions, l'article 54.2 de la Llei de demarcació i de planta judicial, de 28 de desembre de 1988, va disposar que "els recursos de revisió s'han de resoldre a la sala civil del tribunal superior de justícia quan la sentència ferma impugnada hagi estat dictada per un jutjat o tribunal amb seu a la comunitat autònoma l'estatut d'autonomia de la qual hagués previst aquesta atribució". Com es veu, la disposició legal no conté cap menció sobre la matèria pròpia del recurs, i més concretament, respecte al fet que aquesta hagi de versar sobre dret civil propi de la comunitat perquè es desplaci la competència al tribunal superior, eludint així la competència de la Sala Primera del Tribunal Suprem que, amb caràcter general, li atribuïa l'article 1801 de la Llei d'enjudiciament civil en la seva redacció primitiva. Aquell article va quedar sense contingut i va ser incorporat, amb la mateixa redacció, a l'article 1801 esmentat per la Llei de 30 d'abril de 1992.

Així les coses, aquesta Sala Civil del Tribunal Superior va dictar, en data 20 de desembre de 1990, una interlocutòria en què s'atribuïa la competència per resoldre els recursos de revisió contra sentències dictades per òrgans jurisdiccionals del territori, qualsevol que fos la matèria sobre la qual havia versat el plet i, en concret, resolent un assumpte en matèria d'arrendaments urbans. En aquesta resolució s'argumentava que, en primer lloc, seguir un criteri contrari buidaria de contingut la previsió legal, atès que els motius de revisió, que segueixen el sistema de *numerus clausus*, no recauen sobre cap matèria de dret substantiu, ni comú ni propi de cap comunitat autònoma; en segon lloc, resulta confús el criteri d'atribució competencial per la dificultat de determinar la matèria en què es basa totalment o parcialment, i, fins i tot, respecte al punt concret d'atribució, siguin les al·legacions de les parts, sigui la sentència impugnada; en últim lloc, s'entén que la remissió a l'estatut d'autonomia que fa l'article 54.2 de la Llei de demarcació i de planta judicial és aplicable només als efectes de l'existència de la previsió del recurs i no limita la seva possibilitat de relació amb la temàtica substantiva del plet en què es basa.

Amb posteritat a aquesta interlocutòria, la Sala Civil del Tribunal Superior, seguint el criteri exposat, ha resolt els recursos extraordinaris de revisió que se li han plantejat, qualsevol que fos la matèria pròpia del plet, sense que fins al moment hagi estat requerida d'inhibició, ni s'hagués plantejat cap qüestió de competència. Avui, tanmateix, en l'escrit de contestació a aquest recurs, la part objecte de recurs, tal com s'ha dit, impugna la competència del Tribunal, de manera que resulta obligat el replantejament d'aquesta competència pròpia. A més a més, resulta obligat, no perquè hagin perdut validesa les raons que en el seu moment es van exposar, sobre la bondat de les quals ni tan sols cal pronunciar-se, sinó perquè el Tribunal Suprem ja ha abordat almenys en dues ocasions la seva pròpia competència. Així, en una sentència de data 15 de desembre de 1994 es declara competent per entendre del recurs de revisió plantejat en unes actuacions de judici de desnonament per falta de pagament procedents del Jutjat de Primera Instància núm. 42 de Barcelona; i en una sentència de data 17 d'abril de 1996, declara expressament la seva competència per conèixer del recurs de revisió formulat contra una sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Vinaròs en un judici de menor quantia sobre resolució de contracte de compravenda. En ambdós casos, s'havia discutit la competència del Tribunal esmentat i el Tribunal argumenta, sobre la base de l'article 73.1 b) de la Llei orgànica del poder judicial (LOPJ), que no es tracta de matèries pròpies dels drets català i valencià. Els articles 52 de la LOPJ i 81 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) prohibeixen plantejar qüestions de competència als tribunals jeràrquicament superiors i, d'altra banda, la matèria d'atribució competencial és matèria d'ordre públic, no sotmesa al principi de disponibilitat de les parts. Mantenir, en conseqüència, per part d'aquesta Sala Civil la seva pròpia competència seria tant com crear un fur electiu i permetre que els litigants compareguessin davant el Tribunal Suprem o davant aquest Tribunal Superior segons convingués als seus interessos, la qual cosa fins i tot podria xocar frontalment amb el dret al jutge ordinari predeterminat per la llei, consagrat en l'article 24 de la nostra Constitució. En consideració a això, atès que en el plet que prové d'aquest recurs es tracta una pretensió de dret comú i no de dret civil propi de Catalunya, és procedent declarar la incompetència d'aquesta Sala per conèixer del mateix i, tal com estableix l'article 74.2 de la LEC, declarar la nul·litat de tot el que s'ha fet i prevenir la part recurrent que usi el seu dret davant qui correspongui. </s></p></div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Es condemna la part recurrent al pagament de les costes produïdes, amb pèrdua del dipòsit constituït. </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECISIÓ**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya declara la incompetència d'aquesta Sala per conèixer del recurs de revisió plantejat; així mateix en conseqüència, declara la nul·litat de tot el que s'ha fet i adverteix la part recurrent que usi el seu dret davant l'òrgan que correspongui, amb expressa condemna al pagament de les costes causades i a la pèrdua del dipòsit constituït. Torneu les actuacions al Jutjat d'on provenen. Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 16 DE SETIEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Gerard Firmin de Graeve / Hugo Eugeen August B.M. van Alphen*</head>
 <head type=sub rend="bo">A) *Texto original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de revisión: competencia del Tribunal Supremo para conocer del recurso si en el litigio que lo ha originado, no se han aplicado normas del Derecho civil de Cataluña.- Carácter público de las normas sobre competencia objetiva y funcional de los organismos jurisdiccionales.**</head>

VISTO por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, las presentes actuaciones de recurso extraordinario de revisión interpuesto por D. GERARD FIRMIN DE GRAEVE al que al haberse acreditado en autos su fallecimiento, sustituyó también como parte actora recurrente su hijo D. IVAN JULIEN ROSINE DE GRAEVE, representado por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso M^a. Flores Muxi y defendido por el Letrado D. Juan José Foncillas Roselló-Figueras, y formulado contra la sentencia firme dictada el 15 de Noviembre de 1.993 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Tortosa en autos de juicio de menor cuantía núm. 242/89 seguidos a instancia del D. Gerard Firmin Michel de Graeve contra D. HUGO EUGREEN AUGUST B. M. VAN ALPHEN, éste aquí demandado en revisión, representado por el Procurador D. Jaume Gassó Espina y defendido por el Letrado D. Josep Canicio Querol.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Procurador Sr. Flores Muxi, en representación de D. Gerard Firmin de Graeve, mediante escrito de fecha 29 de Septiembre de 1.995, interpuso la demanda de recurso extraordinario de revisión contra la sentencia firme dictada con fecha 15 de Noviembre de 1.993 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Tortosa en los autos de juicio de menor cuantía n^o 242/89 seguidos a instancia de D. Gerard Firmin de Graeve, de nacionalidad Belga, contra D. Hugo Eugeen August B.M. Van Alphen; como requisitos legales se refería en primer lugar a la firmeza de la sentencia, con cita del artículo 1.979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manifestando que se deducía de la notificación de la sentencia en 17 de Marzo de 1994 sin que contra la misma quepa recurso alguno, como así aparecía del documento número 1; se refería al plazo para interponer el recurso citando el art. 1798 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manifestando que la demanda se interponía antes del plazo de 5 años desde la fecha de publicación de la misma y dentro de los 3 meses desde que se descubrieron los documentos por su mandante al serles entregados por su D. José Garreta Cusido, en Tarragona el 6 de Julio de 1995; se refería a la constitución del depósito previo y acompañaba el resguardo acreditativo de haberse efectuado. Y fundamentaba la demanda revisora en el motivo número 1 del art. 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber ganado firmeza sin tener en cuenta los documentos decisivos y recobrados que se dirán; exponía los demás hechos y los fundamentos de derecho que estimaba oportunos y suplicaba que previos los trámites legales se dictara sentencia dando lugar a la rescisión de la resolución firme impugnada con lo demás procedente, solicitando por otrosí el recibimiento a prueba del pleito.</s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Por Providencia de 6 de Octubre de 1995 dictada por esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se tuvo por presentado el anterior escrito con los documentos y copias acompañados, formándose autos en los que se tuvo por comparecido y parte al Procurador D. Alfonso Flores Muxi en nombre y representación que acreditaba de D. Gerard Firmin de Graeve, y habiéndose designado Ponente se pasaron al mismo las actuaciones, recayendo Providencia del 9 del mismo mes por la que se acordó reclamar al Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Tortosa los antecedentes del pleito.</s></p></div3>

<div3 n=3>

Tercero. - Que recibidos de dicho Juzgado los autos reclamados, por Providencia de 11 de Diciembre de 1995 se acordó emplazar al demandado en los mismos y aquí recurrido D. Hugo Eugene August B.M. Van Alphen, para que en el término de 40 días compareciera a sostener lo que conviniera a su derecho, expidiéndose para la práctica de dicho emplazamiento el oportuno exhorto; el referido demandado compareció oportunamente, representado por el Procurador Sr. Gassó Espina y oponiéndose a la pretensión adversa en base a los hechos que exponía y en los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación para terminar suplicando se tuviera por impugnado el recurso y previos los trámites legales y recibimiento a prueba del procedimiento, como especialmente interesaba, dictar sentencia desestimatoria del recurso de revisión condenando al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido. En la misma fecha de la presentación del anterior escrito, es decir, el 10 de Octubre de 1996, el propio Procurador Sr. Gassó presentó también escrito acompañando original de la certificación de defunción del recurrente D. Gerard Firmin de Graeve. Por Providencia de 21 del mismo mes, se tuvo al referido Procurador D. Jaime Gassó Espina por comparecido en los referidos autos en nombre y representación del demandado en revisión D. Hugo August B.M. Van Alphen y en cuanto a la impugnación que en trámite de contestación se formulaba a la demanda del recurso de revisión se dispuso que oportunamente se acordaría; y en cuanto al otrosí presentado se dio traslado al Procurador de la parte recurrente para que manifestara lo que a su derecho conviniera dentro del plazo de tres días, habiendo evacuado dicho traslado el Procurador Sr. Flores Muxi, manifestando no haber tenido conocimiento de la defunción de su mandante y aportando fotocopia del poder para pleitos otorgado a su favor por el hijo del finado, y por Providencia de 31 de Octubre, y estando acreditado en autos el fallecimiento del actor recurrente D. Gerard Firmin de Graeve, se tuvo por terminada la representación que del mismo ostentaba el referido Procurador Sr. Flores Muxi, y con suspensión del curso de los autos se le concedió el plazo de 30 días para que pudiera comparecer, personándose en los autos con nuevo poder de los herederos o causahabientes del finado, bajo apercibimiento de lo que hubiere lugar, todo ello de conformidad con lo prevenido en el número 7º del art. 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<div3 n=4>

Cuarto. - Por el Procurador D. Alfonso Mª. Flores Muxi se presentó escrito en el que hacía referencia al poder general para pleitos acompañado con escrito anterior y que había otorgado a su favor D. Ivan Julien Rosine de Graeve, hijo legítimo del fallecido D. Gerard Firmin Michel de Graeve, y para su unión a los autos acompañó original de la escritura de compra-venta otorgada por el matrimonio De Graeve-de Potter, de la finca sita en el término municipal de Amposta a favor del actual poderdante de este Procurador, es decir de D. Ivan Julien Rosine de Graeve, suplicando a la Sala tuviera por cumplimentada esta parte en tiempo y forma del requerimiento formulado. Por Providencia del 2 de Enero de 1997 se tuvieron por hechas las manifestaciones contenidas en el escrito presentado por el Procurador Sr. Flores Muxi y habiéndose acreditado por el mismo su representación procesal en nombre de D. Ivan Julien Rosine de Graeve, como hijo del recurrente en este proceso de recurso de revisión, el fallecido D. Gerard Firmin de Graeve, se le tuvo por parte legítima en nombre de aquél, sustituyendo y colocándose en autos en calidad de parte recurrente. Impulsando el procedimiento, habiéndose impugnado por el Procurador Sr. Gassó y Espina en la representación acreditada del demandado D. Hugo Eugene August B.M. Van Alphen, la demanda de dicho recurso de revisión, por vía de contestación a la misma mediante escrito de fecha 7 de Octubre pasado, se tuvo por evacuado dicho trámite y se dispuso que siguieran los sucesivos conforme a lo establecido para la sustanciación de los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, se recibió a prueba el incidente por término de 20 días común a las partes para proponer y practicar, dentro de los cuales se llevaron a efecto las que se declararon pertinentes de las propuestas por una y otra parte.

<div3 n=5>

Quinto. - Que habiendo finalizado el término de prueba, por Providencia del día 24 de Febrero se acordó unir a los autos las pruebas practicadas y traerlos a la vista para sentencia con citación de las partes, sin que ninguna de ellas, dentro de plazo solicitara celebración de vista pública. Por Providencia del día 3 de Marzo pasado y antes de dictar sentencia, se acordó oír al Ministerio Fiscal, conforme a lo prevenido en el art. 1.802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acerca de si había o no lugar a la admisión del recurso, a cuyos fines se le comunicaron las actuaciones originales y devueltas las mismas, con el oportuno informe, por otra Providencia del 20 del mismo mes, se tuvo por evacuado el trámite acordado y se señaló para la votación el día 3 de abril pasado.

<div3 n=4>

Sexto. - Por Providencia del mismo día 3 de abril pasado, planteándose en primer lugar en el escrito de impugnación del recurso de revisión interpuesto, la propia competencia de esta Sala, se dispuso formar la misma con los cinco Ilmos. Sres. Magistrados que la componen y, con suspensión de la votación acordada para dicho día se señaló para la misma el día diez del mismo mes en que tuvo lugar en la Sala de Audiencia de este Tribunal Superior, y por Providencia del mismo día, para mejor proveer y con suspensión del plazo para dictar sentencia, habiéndose cuestionado por la parte recurrida, en su contestación al recurso, la competencia de esta Sala para conocer del mismo, se acordó pasar los autos al Ministerio Fiscal para que informara en concreto sobre la cuestión planteada, y habiendo emitido dicho informe, por Providencia de fecha 8 de los corrientes se alzó la suspensión del plazo para dictar sentencia, poniéndose de manifiesto a las partes los resultados de las diligencias acordadas para mejor proveer para que pudieran alegar por escrito cuanto estimaran conveniente acerca de su alcance o importancia, dentro de los tres días siguientes, y habiéndose evacuado dicho trámite solamente por la representación del demandado en revisión, por providencia del día 16 de este mes quedó unido el escrito presentado quedando los autos a la vista para dictar la presente resolución.

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente de esta Sala D. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FUNDAMENTOS DE DERECHO</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** -</hi> El presente recurso de revisión tiene por objeto la rescisión de la sentencia firme dictada en fecha 15 de noviembre de 1993 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tortosa, en autos de juicio de menor cuantía núm. 242/89, según puede leerse en el SUPLICO de la demanda de revisión. Dicha sentencia desestima *in totum* las pretensiones del actor, condenándole al pago de las costas causadas. La sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Tarragona, recayendo en fecha 17 de marzo de 1994 sentencia confirmatoria de la anterior y desestimatoria del recurso de apelación, con condena al pago igualmente de las costas causadas en la segunda instancia. Las acciones ejercitadas eran la declarativa y reivindicatoria de la propiedad y la de nulidad del título del demandado en cuanto concurra contradicción con el del actor.

En el primer Fundamento de Derecho del recurso se invoca la competencia de esta Sala para su conocimiento y resolución, en base a lo establecido en los arts. 1801 de la LEC, 56.1 y 73.1 b) de la LOPJ. La parte recurrida, en el primero de los hechos de su escrito de oposición al recurso, plantea "Excepción dilatoria de falta de competencia de este Tribunal. Competencia del Tribunal Supremo", con apoyo normativo en el art. 20.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y en el 73.1. b) de la LOPJ. Ambos preceptos -dice la parte- atribuyen competencia a los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de revisión cuando la materia sobre la que verse el litigio sea de Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma de que se trate, no siendo éste el caso presente.

Resulta obvio, por tanto, que esta Sala debe pronunciarse sobre su propia -y discutida- competencia, con precedencia a toda otra ulterior consideración. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>El art. 73.1.b) de la LOPJ, de 1º de julio de 1985, atribuyó, como es sabido, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia competencia para conocer de los recursos de revisión que se dieran contra o frente resoluciones de órganos judiciales radicados en las respectivas Comunidades Autónomas, en materia de su Derecho civil propio, cuando los Estatutos de las mismas hubieren previsto esta atribución competencial. El Estatut d'Autonomia de Catalunya, en su artículo 20 contiene una específica referencia a este recurso, estableciendo que "1.- La competència dels òrgans jurisdiccionals a Catalunya s'estèn:

a) En l'ordre civil, a totes les instàncies i graus, inclosos els recursos de cassació i de revisió en les matèries de Dret Civil Català." Las previsiones orgánicas y Estatutarias respondían pues, en lo que a nuestra Comunidad se refiere, a la tradición histórica integrada por el art. 21 de la Llei de 10 de marzo de 1934, reguladora del Tribunal de Cassació, y por la jurisprudencia de este Tribunal que lo desarrolló. Al Tribunal de Cassació, en efecto, le venía atribuida la competencia para la resolución de los recursos extraordinarios de revisión en materia civil sobre la legislación exclusiva de la Generalitat.

Después de estas disposiciones, el art. 54.2 de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, de 28 de diciembre de 1988, dispuso que "*Los recursos de revisión se resolverán en la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia cuando la sentencia firme impugnada haya sido dictada por un Juzgado o Tribunal con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Estatuto de Autonomía hubiera previsto tal atribución*".

Como se ve, la disposición legal no contiene ninguna mención sobre la materia propia del recurso, más en concreto, respecto a que ésta haya de versar sobre Derecho Civil propio de la Comunidad para que se desplace la competencia en sede del Tribunal Superior, eludiendo así la competencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, con carácter general, le atribuía el art. 1801 de la LEC en su primitiva redacción. Aquel artículo quedó sin contenido y fue incorporado, en su misma redacción, al citado art. 1801 por Ley de 30 de abril de 1992.

Así las cosas, esta Sala Civil del Tribunal Superior dictó, en fecha 20 de diciembre de 1990, Auto en el que se atribuía la competencia para resolver los recursos de revisión contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del territorio, cualquiera que fuera la materia sobre la que había versado el pleito y, en concreto, resolviendo un asunto en materia de arrendamientos urbanos. En dicha resolución se argumentaba que, en primer lugar, seguir contrario criterio vaciaría de contenido la previsión legal, pues los motivos de revisión, que siguen el sistema de "*numerus clausus*", no recaen sobre materia de derecho sustantivo, ni común ni propio de Comunidad Autónoma alguna; en segundo término, resulta confuso el criterio de atribución competencial por la dificultad de determinar la materia en que total o parcialmente se basa, e, incluso, respecto al punto concreto de atribución, sean las alegaciones de las partes, sea la sentencia impugnada; en último lugar se entiende que la remisión al Estatuto de Autonomía del art. 54.2 de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial es aplicable sólo a efectos de la existencia de la previsión del recurso y no limita su posibilidad de relación con la temática sustantiva del pleito en que aquél se basa.

Con posterioridad a este Auto, la Sala Civil del Tribunal Superior, siguiendo el criterio expuesto, ha venido resolviendo los recursos extraordinarios de revisión que ante la misma se han planteado, cualquiera que fuese la materia propia del pleito, sin que hasta el momento haya sido requerida de inhibición, ni se hubiera planteado cuestión alguna de competencia. Hoy, sin embargo, en el escrito de contestación al presente recurso, la parte recurrida, como se ha dicho, impugna la competencia del Tribunal, de forma que resulta obligado el replanteamiento de esta propia competencia. Y resulta obligado, además, no porque hayan perdido validez las razones que en su momento se expusieron, sobre cuya bondad ni siquiera es preciso pronunciarse, sino porque el Tribunal Supremo ya ha abordado al menos en dos ocasiones su propia competencia. Así, en sentencia de fecha 15 de diciembre de 1994, se declara competente para entender del recurso de revisión planteado en autos de juicio de desahucio por falta de pago procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona; y en sentencia de fecha 17 de abril de 1996 declara expresamente su competencia para conocer del recurso de revisión formulado contra sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vinaroz en juicio de menor cuantía sobre resolución de contrato de compraventa. En ambos casos, se había discutido la competencia de dicho Tribunal y el Tribunal argumenta, sobre la base del art. 73.1.b) de la LOPJ, que no se trata de materias propias de los Derechos catalán y valenciano.

Los artículos 52 de la LOPJ y 81 de la LEC prohíben plantear cuestiones de competencia a los Tribunales jerárquicamente superiores y, de otro lado, la materia de atribución competencial es materia de orden público, no sometida al principio de disponibilidad de las partes. Mantener, en consecuencia, por parte de esta Sala Civil su propia competencia sería tanto como crear un fuero electivo y permitir que los litigantes acudieran ante el Tribunal Supremo o ante este Tribunal Superior según conviniera a sus intereses, lo que incluso podría chocar frontalmente con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en el art. 24 de nuestra Constitución. En atención a ello, ventilándose en el pleito de que dimana el presente recurso, una pretensión de Derecho común y no de civil propio de Cataluña, procede declarar la incompetencia de esta Sala para conocer del mismo y, como dispone el art. 74.2 de la LEC, declarar la nulidad de todo lo actuado, previniendo a la parte recurrente que use de su derecho ante quien corresponda. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Se condena a la parte recurrente al pago de las costas producidas, con pérdida del depósito constituido. </s></p></div3>

<div3><p><s>En atención a todo lo expuesto</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que debemos declarar y declaramos la incompetencia de esta Sala para conocer del recurso de revisión planteado; declaramos asimismo y en consecuencia la nulidad de todo lo actuado y prevenimos a la parte recurrente a que use de su derecho ante el órgano que corresponda, con expresa condena al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido. Devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 23 DE SETEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Maria i Manel Badenas del Camí / Jordi Rodríguez i Romero i altre </head>
 <head type=sub rend="bo">A) Text original</head>

<head type=sub rend="bo">**Codicil: revocació.- Irretroactivitat del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya.- Acció reivindicatòria: requisits.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha vist el present recurs de cassació interposat pels Srs. Gabino Moreno Martínez i Jorge Rodríguez Moreno contra la Sentència de 23 de gener de 1995 dictada per la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona en l'apel·lació núm. 367/92 del Judici de menor quantia instat contra aquells pels germans Maria i Manuel Badenas del Camí davant el Jutjat de 1a Instància núm. 10 de L'Hospitalet de Llobregat sobre acció reivindicatòria. Els recurrents han estat representats en aquesta Sala pel Procurador Sr. Juan Antonio Moreno Sanllorente i dirigits per l'advocat Sr. José Javier Irissarri Solà. No han comparegut els recorreguts.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> La Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona, en l'esmentada apel·lació, va dictar la Sentència indicada de 23 de gener de 1995 la part dispositiva de la qual diu textualment: "FALLAMOS: Con estimación del recurso interpuesto por Dª María y D. Manuel BADENAS del CAMI, contra sentencia de 2 de marzo de 1992, dictada por el Juzgado 10 de 1ª Instancia de Hospitalet de Llobregat en autos de Menor Cuantía 152/91, en los que han sido demandados D. Gabino Moreno Martínez y D. Jorge Rodríguez Romero, debemos revocar y revocamos sus pronunciamientos, y ESTIMANDO la demanda reivindicatoria de la propiedad, CONDENAMOS a los demandados, a hacer entrega a los actores de la finca que ocupan en Hospitalet de Llobregat a que se contrae el presente pleito, con expresa condena en costas de primera instancia a los dichos demandados y sin hacer imposición de las causadas en la alzada que abonará cada parte, las suyas y las comunes por mitad." </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Contra l'expressada Sentència, els Srs. Jorge Rodríguez Romero i Gabino Moreno Martínez, han formalitzat el present recurs de cassació, que ha estat degudament tramitat i en el que va assenyalar-se per la seva votació i decisió l'audiència del dia d'ahir 22 del corrent, data en que va tenir lloc.
 <div3><p><s>És Ponent el Magistrat de la Sala II-Im. Sr. Antoni Bruguera i Manté. </s></p>
 </div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Els Srs. Jorge Rodríguez Romero i Gabino Moreno Martínez, interposen recurs de cassació contra la Sentència de 23 de gener de 1995 de la Secció dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona que en estimar el recurs d'apel·lació dels germans Maria i Manuel Badenas del Camí, va donar lloc a la demanda de judici de menor quantia promogut per aquests dos germans contra els Srs. Rodríguez i Moreno, tot revocant la Sentència que el Jutjat de 1a Instància núm. 10 de l'Hospitalet de Llobregat havia dictat el 2 de març de 1992 en l'esmentat plet, en el qual els Srs. Badenas reivindicaven als Srs. Rodríguez Moreno la propietat de l'immoble situat al núm. 19 del carrer Cortada de l'Hospitalet de Llobregat. </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> La Sentència objecte del present recurs estima l'esmentada acció reivindicatòria perquè entén que el pare causant dels actors, Sr. Bienvenido Badenas Formigós, era propietari de la finca reivindicada que ocupen els demandats, havent aquell causant, en el seu testament de 7 de novembre de 1970, deixat la indicada finca als seus dos fills hereus Srs. Badenas del Camí (ara actors), no essent vàlid el codicil del propi causant de 4 de novembre de 1954 en el qual la llegava al seu fillol ara demandat, Sr. Jorge Rodríguez Romero. </s></p>
 </div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El 1r. dels motius de cassació, que diu discórrer per la via de l'art. 1692, 4rt. de la Llei processal, considera infringit l' art. 348 del Codi civil, tota vegada -adueix-:"...*que tal como se recogió en la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Hospitalet de Llobregat..., no ha quedado suficientemente acreditado que la finca que nos ocupa fuera su titularidad del fallecido D. Bienvenido Badenas (sic), pues pese a lo manifestado en la sentencia (recurrida), no queda plenamente justificada la coincidencia de fincas del codicilo y de la que la parte actora ha pretendido justificar,...*". </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> Després d'examinar, curatosament, les proves practicades al judici, l'Audiència conclou que la finca reivindicada era propietat del causant Sr. Bienvenido Badenas Formigós. Ara a la cassació, no és possible, per la via utilitzada del núm. 4 de l'art. 1692, impugnar aquella apreciació probatòria feta per l'Audiència en la seva sobirana facultat de jutjar, per la qual cosa ja decau el 1r. motiu de cassació; tant més quan la Sala "a quo" també proclama sense dubtes, que la finca reivindicada és la del codicil de 1954. </s></p></div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> El motiu 2n no ens diu en quin apartat dels de l'art. 1692 de la llei processal pretén emparar-se; però del seu contingut veiem que vol fer-ho pel mateix camí procedimental del núm. 4rt d'aquest precepte ja que al·lega vulnerat l'art. 129 del Codi de Successions Català de 30 de desembre de 1991, segons el qual: "*Els testaments, els codicils i les memòries testamentàries... perden l'eficàcia si el testador les revoca*". L'argument del motiu és que com que el testador de 1970 no va revocar el codicil de 1954, aquest va romandre subsistent, i la Sentència de l'Audiència que l'ha considerar revocat pel testament, no ha aplicat aquell article, com el recurrent entén que havia d'haver fet. </s></p></div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> Per a refusar aquest motiu cal dir que en la hipòtesi que aquí hagués estat aplicable el Codi de Successions de 1991, s'hauria hagut d'aplicar el 2n paràgraf del seu art. 133 i no el 129 que el motiu invoca. L'art. 133, 2 diu: "*L'atorgament de testament revoca els codicils i les memòries testamentàries anteriors, tret que el testador ho disposi altrament*".

I com que al present cas el testador de 1970 no va salvar el codicil de 1954, sí hagués estat aquí aplicable el Codi de Successions de 1991, el codicil de 1954 s'hauria d'entendre revocat.

Però aquí no és possible aplicar l'esmentat Codi de 1991, perquè el causant va morir l'any 1973, i, per tant, la norma aplicable és l'art. 243 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya de 1960, segons el qual, literalment: "*L'atorgament de testaments revocarà els codicils... anteriors, a menys que disposi altra cosa el testador*".

I com que el testador de 1970 no va disposar res respecte el codicil atorgat per ell l'any 1954, calia entendre'l revocat com ho ha entès la Sentència de 2a instància la qual, per tant, no podem pas invalidar. </s></p></div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Setè.** -</hi> Quan a costes hem d'aplicar l'art. 1715,3 de la llei processal civil</s></p></div3>

<div3><p><s>Per tot l'anterior, en nom del Rei i per l'autoritat que ens atorga la Constitució, hem decidit,</s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

Desestimar el recurs de cassació interposat pels Sr. Gabino Moreno Martínez i Jorge Rodríguez Romero contra la Sentència de 23 de gener de 1995, dictada per la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona en el seu Rotllo núm. 367/1992 al qual fan referència les presents actuacions.

Imposem les costes del present recurs als recurrents.
Així ho acordem, ho manem i ho signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 23 DE SETIEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">María y Manuel Badenas del Camí I Jorge Rodríguez Romero y otro </head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducción </head>

<head type=sub rend="bo">**Codicilo: revocación.- Irretroactividad del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.- Acción reivindicatoria: requisitos.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el presente recurso de casación interpuesto por D. Gabino Moreno Martínez y D. Jorge Rodríguez Moreno contra la sentencia de 23 de enero de 1995 dictada por la Sección duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona en la apelación nº 367/92 del Juicio de Menor Cuantía instado contra aquéllos por los hermanos María y Manuel Badenas del Camí ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de l'Hospitalet de Llobregat sobre acción reivindicatoria. Estando representados los recurrentes por el Procurador D. Juan Antonio Moreno Sanllorente y dirigidos por el Letrado D. José Javier Irisarri Solá. No habiendo comparecido los recurridos.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la expresada apelación, dictó la indicada Sentencia de 23 de enero de 1995 cuya parte dispositiva dice textualmente: " FALLAMOS: Con estimación del recurso interpuesto por Dª María y D. Manuel BADAENAS del CAMÍ, contra sentencia de 2 de marzo de 1992, dictada por el Juzgado nº 10 de 1ª Instancia de Hospitalet de Llobregat en autos de Menor Cuantía 152/91, en los que han sido demandados D. Gabino Moreno Martínez y D. Jorge Rodríguez Romero, debemos revocar y revocamos sus pronunciamientos, y ESTIMANDO la demanda reivindicatoria de la propiedad, CONDENAMOS a los demandados, a hacer entrega a los actores de la finca que ocupan en Hospitalet de Llobregat a que se contrae el presente pleito, con expresa condena en costas de primera Instancia a los dichos demandados y sin hacer imposición de las causadas en la alzada que abonará cada parte, las suyas y las comunes por mitad." </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Contra la expresada Sentencia, D. Jorge Rodríguez Romero y D. Gabino Moreno Martínez, han formalizado el presente recurso de casación, tramitándose debidamente, señalándose para su votación y fallo la audiencia del día 22 del corriente, fecha en que tuvo lugar. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sala D. Antonio Bruguera i Manté. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>D. Jorge Rodríguez Romero y D. Gabino Moreno Martínez, interponen recurso de casación contra la Sentencia de 23 de enero de 1995 de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona que al estimar el recurso de apelación de los hermanos María y Manuel Badenas del Camí, dio lugar a la demanda de juicio de menor cuantía promovido por estos dos hermanos contra los Sres. Rodríguez y Moreno, revocando la Sentencia que el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de l'Hospitalet de Llobregat había dictado el 2 de marzo de 1992, en el expresado pleito, en el que los Sres. Badenas reivindicaban a los Sres. Rodríguez Moreno la propiedad del inmueble situado en el nº 19 de la calle Cortada de l'Hospitalet de Llobregat. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo** - </hi> La Sentencia objeto del presente recurso estima la expresada acción reivindicatoria porque entiende que el padre causante de los actores, D. Bienvenido Badenas Formigós, era propietario de la finca reivindicada que ocupan los demandados, habiendo aquel causante, en su testamento de 7 de noviembre de 1970, dejado la indicada finca a sus dos hijos herederos Sres. Badenas del Camí (ahora actores), no siendo válido el codicilo del propio causante de 4 de noviembre de 1954 en el que la legaba a su hijo ahora demandado, D. Jorge Rodríguez Moreno. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El 1º de los motivos de casación, que dice discurrir por la vía del art. 1692, 4º de la Ley procesal, considera infringido el art. 348 del Código Civil, pues -aduce-: "...que tal como se recogió en la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Hospitalet de Llobregat..., no ha quedado suficientemente acreditado que la finca que nos ocupa fuera su titularidad del fallecido D. Bienvenido Badenas (sic), pues pese a lo manifestado en la sentencia (recurrida), no queda plenamente justificada la coincidencia de fincas del codicilo y de la que la parte actora ha pretendido justificar...". </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Después de examinar, cuidadosamente, las pruebas practicadas en el juicio, la Audiencia concluye que la finca reivindicada era propiedad del causante D. Bienvenido Badenas Formigós. Ahora en la casación, no es posible, por la vía utilizada del nº 4 del art. 1692, impugnar aquella apreciación probatoria hecha por la Audiencia en su soberana facultad de juzgar, por lo cual ya decae el 1º motivo de casación; tanto más cuando la Sala "a quo" también proclama sin dudas, que la finca reivindicada es la del codicilo de 1954. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** -</hi> El motivo 2º no nos dice en qué apartado de los del art. 1692 de la ley procesal pretende ampararse; pero de su contenido vemos que quiere hacerlo por el mismo camino procedimental del nº 4 de este precepto ya que alega vulnerado el art. 129 del Código de Sucesiones catalán de 30 de diciembre de 1991, según el cual: "Los testamentos, los codicilos y las memorias testamentarias... pierden la eficacia si el testador los revoca". El argumento del motivo es que como el testador de 1970 no revocó el codicilo de 1954, éste subsistió, y la Sentencia de la Audiencia que lo tiene que considerar revocado por el testamento, no ha aplicado aquel artículo, como el recurrente entiende que tenía que haberlo hecho. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>Para rechazar este motivo hay que decir que en la hipótesis de que aquí hubiese sido aplicable el Código de Sucesiones de 1991, se habría tenido que aplicar el 2º párrafo de su art. 133 y no el 129 que el motivo invoca. El art. 133,2 dice: "El otorgamiento de testamento revoca los codicilos y las memorias testamentarias anteriores, salvo que el testador lo disponga de otro modo".

Y como en el presente caso el testador de 1970 no salvó el codicilo de 1954, si hubiese sido aquí aplicable el Código de Sucesiones de 1991, el codicilo de 1954 tendría que entenderse revocado.

Pero no es posible aquí aplicar el expresado Código de 1991, porque el causante murió en 1973, y, por tanto, la norma aplicable es el art. 243 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960, según el cual, literalmente,: El otorgamiento de testamentos revocará los codicilos... anteriores, a menos que disponga otra cosa el testador".

Y como el testador de 1970 no dispuso nada respecto del codicilo otorgado por él en 1954, había que entender lo revocado como lo ha entendido la Sentencia de 2ª instancia que, por tanto, no podemos invalidar. </s></p></div3>

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** - </hi>Respecto de las costas, debemos aplicar el art. 1715,3 de la ley procesal civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, fallamos.</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PARTE DISPOSITIVA**</head>

Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Gabino Moreno Martínez y D. Jorge Rodríguez Romero contra la sentencia de 23 de enero de 1995, dictada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Rollo nº 367/1992 al que se refieren los presentes autos.

Con imposición de las costas del presente recurso a los recurrentes.

Por esta nuestra Sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 23 DE SETEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Francesc i Sergi Martí i Olivé / Francesc Martí i Figueras i altres*</head>
 <head type=sub rend="bo">**A) Text original**</head>

<head type=sub rend="bo">**Usucapió: possessió en concepte de propietari.- Computació del termini de possessió.- Interrupció de la possessió que porta a la usucapió.- Precari.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya formada pels Magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el present recurs extraordinari de cassació interposat pels Srs. Josep i Núria Martí Jiménez contra la Sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 16 de l'Audiència Provincial de Barcelona el 17 d'octubre de 1.995 dimanant del judici declaratiu de menor quantia interposat pels Srs. Francesc i Sergi Martí Olivé contra el seu avi Sr. Francesc Martí Figueras i els seus oncles Srs. Josep i Núria Martí Jiménez sobre usucapió d'immoble. Els recurrents han estat representats davant aquest Tribunal per la Procuradora Sra. Consol Rodríguez Chacón i defensats per l'advocat Sr. Ramon Contijoch Pratdesaba. També han comparegut els recorreguts sota la representació del Procurador Sr. Carles Pons de Gironella i la direcció de l'advocat Sr. Lucio Purcalla Bonilla.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> En la data ja esmentada de 17 d'octubre de 1995, la Secció 16 de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el recurs d'apel·lació mencionat, va dictar Sentència que conté la següent part dispositiva: "FALLAMOS: Que estimando, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por **FRANCISCO Y SERGIO MARTÍ OLIVÉ** contra la sentencia de 20 de junio de 1994 pronunciada por el **Juzgado de Primera Instancia nº 29 de esta capital**, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en consecuencia: **Declaramos** que la finca sita en Avda. Meridiana 361 7º, 4º pertenece a los demandantes apelantes y, consiguientemente, se declara la nulidad de la escritura de 19 de julio de 1989 concertada entre los codemandados, con cancelación de las inscripciones contradictorias a la propiedad que se declara, sin hacer especial imposición de las costas del proceso en ninguna de sus instancias". </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Contra aquesta resolució, els Srs. Josep i Núria Martí Jiménez varen interposar aquest recurs de cassació que ha estat tramitat davant aquest Tribunal d'acord amb les prescripcions legals, havent estat senyalada l'audiència del dia d'ahir per la seva votació i decisió que tingueren lloc. </s></p></div3>

<div3><p><s>És Ponent el Magistrat de la Sala II-Im. Sr. Antoni Bruguera i Manté. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS DE DRET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> La sentència que dona motiu al present recurs de cassació, dictada en grau d'apel·lació per la Secció 16 de l'Audiència Provincial de Barcelona el 17 d'octubre de 1995, declara els següents fets: a) El 26 de febrer de 1958 el Sr. *Francesc Martí Figueras*, mitjançant el desemborsament d'una quantitat de diners que constituïa l'entrada, va comprar el pis 7é 4a de l'Avinguda de la Meridiana, núm. 361 d'aquesta ciutat. b) No el va comprar ni va fer el contracte privat de compra amb la intenció d'utilitzar-lo personalment ni com inversió, sinó expressament perquè constituís la llar conjugal del seu fill Francesc Martí Jiménez que va casar-se mesos després. c) El seu esmentat fill Francesc Martí Jiménez el va arreglar d'acord amb els seus gustos i necessitats; va pagar al llarg dels anys el preu pendent, i va utilitzar-lo com seu, sense cap interferència del seu pare fins el dia que aquell va morir el mes de novembre de 1970. d) La seva vídua i els seus dos fills (Francesc i Sergi Martí Olivé, (aquí demandants) varen seguir utilitzant el pis sense cap contradicció fins ben avançat l'any 1993 quan el Sr. Francesc Martí Figueras va interposar contra aquests dos germans (fills i hereus intestats de Francesc Martí Jiménez i néts de Francesc Martí Figueras) una demanda de desnonament per precari, havent al·legat els dos esmentats germans ocupants, en impugnar el precari i en el plet de menor quantia que varen iniciar contra el seu avi Sr. Francesc Martí Figueras i contra els fills d'aquest i oncles d'aquells Srs. Josep i Núria Martí Jiménez, que havien adquirit el pis per usucapió ja que l'havien posseït "*animus sibi habendi*" durant més de 30 anys, fent invocació de l'art. 342 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya quan diu que l'usucapió del domini té lloc per la possessió en concepte d'amo per el temps de 30 anys sense necessitat de títol ni de bona fe. - e) I l'Audiència, tot revocant la sentència de primera instància, estima la demanda de menor quantia i declara que l'esmentada vivenda, pis 7è, 4a porta de l'immoble núm. 361 de l'Avinguda de la Meridiana de Barcelona, pertany en propietat als demandants per haver-lo adquirit per possessió continuada i a títol d'amos més de 30 anys, per la qual cosa declara nul·la l'escriptura pública de 19 de juliol de 1989 en la que el Sr. Francesc Martí Figueras va dir vendre als Srs. Josep i Núria Martí Jiménez l'indicat pis, i decreta la cancel·lació de les inscripcions contradictòries de la propietat que es declara a la sentència. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Els Sres. Josep i Núria Martí Jiménez interposen contra aquesta última el present recurs de cassació que fonamenten en 4 motius.

El 1r addueix infracció de l'art. 24.1 de la Constitució en relació amb el 524 de la llei d'enjudiciament civil. Per acte de 31 d'octubre de 1996, la Sala 1a del Tribunal Suprem no va admetre aquest motiu basat en infracció de precepte constitucional, i per tant, no procedeix ara examinar-lo. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El motiu 2n s'articula per la via del núm. 4 de l'art. 1692 de la llei de procediment i dóna com vulnerat l'art. 342 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya al·legant que el Sr. Francesc Martí Figueras, adquirent per document privat del pis el 26 de febrer de 1958, no va voler perdre'n la seva propietat puix que el 16 d'abril de 1964 va aixecar a públic el document privat de 26 de febrer de 1958, i el 19 de juliol de 1989 va vendre'l en escriptura pública als seus fills Josep i Núria aquí demandats.

El motiu és rebutjable. L'art. 342 de la Compilació exigeix per l'usucapí del domini la possessió en concepte d'amo pel temps de 30 anys sense necessitat de títol ni de bona fe. De manera que si els Srs. Francesc i Sergi Martí Olivé han posseït el pis en concepte d'amos més de 30 anys sense cap mena d'interrupció en aquest període, que és el que declara i proclama "fuera de duda razonable" després de l'examen de tota la prova practicada ("masiva documental y multitudinaria testifical") la sentència de l'Audiència, es inqüestionable que la mateixa no ha pas vulnerat l'art. 342 de la Compilació sinó que l'ha aplicat degudament al cas, sense que siguin rellevants els actes unilaterals que hagués realitzat el titular a esqueses de l'activitat possessòria continuada i no interrompuda dels posseïdors de fet amb ànim dominical, no havent tingut per tant, cap transcendència les dues escriptures unilaterals que el motiu invoca fetes amb desconeixement dels posseïdors per a interrompre la prescripció d'aquests, per la qual cosa hem de desestimar el present motiu de cassació. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> El motiu 3r, per la mateixa via processal que l'anterior (del núm. 4rt de l'art. 1692 de la llei procedimental) torna a donar per conculcat l'art. 342 de la Compilació Catalana de 1960 quan al còmput del període de 30 anys que dona accés a la usucapí. El motiu expressa que al present cas el període de 30 anys no ha transcorregut pas ja que s'ignora -diu- el "dies a quo" a partir del que la prescripció adquisitiva hauria d'estimar-se iniciada, i en tot cas -afegeix- no podria estimar-se començada abans del 16 d'abril de 1964 quan el titular documental (el Sr. Francesc Martí Figueras) va signar l'escriptura pública de compra del pis.

El plantejament anterior no respecte els fets que l'Audiència ha tingut per provats, tota vegada que ella declara -en el 2n paràgraf del seu fonament legal 2n- que: "*El tiempo de usucapíon igualmente es claro que ha transcurrido ya que dejando aparte la posesíon que, conforme a la normalidad, implica arreglar un piso para que constituya el propio domicilio antes de la boda, cuando menos existe clara posesíon desde la fecha de ésta, ocurrida en octubre de 1959, sin que exista interrupcíon natural de la usucapíon, ni la civil prevista en el art. 1945 del Código Civil, sino hasta bien avanzado el año 1993 cuando se interpuso el desahucio por precario*".

De manera que si, com ho diu l'Audiència, hi ha hagut clara possessió del pis des de la data del casament del pare causant -del Sr. Francesc Martí Jiménez- el mes d'octubre de 1959-, i continuada aquesta possessió a la seva mort l'any 1970 pels seus fills hereus intestats (els actuals actors) sense que hi hagi hagut cap interrupció natural de la possessió fins ben avançat l'any 1993 quan va interposar-se el desnonament per precari, és clar que l'Audiència fixa ben palesament el "dies a quo" de l'inici del termini de la prescripció (octubre de 1959) i també el dia final de la mateixa (ben avançat l'any 1993); i com que entre ambdues dades va transcorre, abastament, el període legal d'usucapí, l'Audiència no ha vulnerat l'art. 342 de la Compilació de 1960 com aquest segon motiu ho pretén, i per tant procedeix també desestimar-lo. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> I el quart motiu de cassació s'articula igualment a l'empara del núm. 4rt de l'art. 1692 de la llei processal i denuncia violació del núm. 3 de l'art. 1563 de la llei d'enjudiciament civil i de la jurisprudència que esmenta. Diu que la possessió pels Srs. Francesc i Sergi Martí Olivé del pis objecte del litigi va ser purament a precari, i que aquesta possessió no podia portar a que es declarés a favor seu la prescripció adquisitiva o usucapí del pis.

L'Audiència addueix, pel contrari, que la possessió, primer del Sr. Francesc Martí Jiménez (des de 1959 a 1970), seguida pels seus fills i continuadors hereus Francesc i Sergi Martí Olivé (des de 1970 a 1993) no va ésser precària sinó "*animus sibi habendi*" i no per concessió graciosa del Sr. Martí Figueras; i com que aquestes asseveracions de fet de la sentència no han estat desvirtuades (ni han pogut ser-ho per la via del núm. 4rt de l'art. 1692 que s'ha emprat) és clar que tampoc pot ésser acollit aquest últim motiu de cassació, i, per tant, procedeix desestimar-la tota. </s></p>

</div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">Sisè. -</hi> Les costes han d'imposar-se als recurrents en ésser desestimat el recurs (art. 1715, 2 últim paràgraf de la llei d'enjudiciament civil); i no hem de pronunciar-nos sobre el dipòsit, en no haver estat necessari. </s></p></div3>

<div3><p><s>Per tot el que precedeix, en nom del Rei i per l'autoritat que ens atorga la Constitució, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">PART DISPOSITIVA</head>

Hem decidit: Desestimar el recurs de cassació interposat pels germans Josep i Núria Martí Jiménez contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 16 de l'Audiència Provincial de Barcelona el 17 d'octubre de 1995 dimanant del plet de menor quantia que s'havia seguit al Jutjat de Primera Instància núm. 29 de Barcelona pels Srs. Francesc i Sergi Martí Olivé contra els Srs. Francesc Martí Figueras i els germans Josep i Núria Martí Jiménez, oncles, aquests dos últims, dels primers (actes núm. 614/1993 del Jutjat i rotlló 792/94 de l'Audiència). I condemnem els esmentats recurrents Srs. Martí Jiménez al pagament de les costes d'aquest recurs.

Així ho pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 23 DE SETIEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Francisco y Sergio Martí Olivé / Francisco Martí Figueras y otros* </head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducción </head>

<head type=sub rend="bo">**Usucapión: posesión en concepto de propietario.- Cómputo del plazo de posesión.- Interrupción de la posesión que lleva a la usucapión.- Precario.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña formada por los Magistrados expresados al margen, el presente recurso extraordinario de casación interpuesto por D. Josep y Dª Nuria Martí Jiménez contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de octubre de 1995 dimanante del juicio declarativo de menor cuantía interpuesto por D. Francesc y D. Sergi Martí Olivé contra su abuelo D. Francesc Martí Figueras y sus tíos D. Josep y Dª Nuria Martí Jiménez sobre usucapión de inmueble. Estando los recurrentes representados ante este Tribunal por la Procuradora Dª Consol Rodríguez Chacón y defendidos por el Abogado D. Ramón Contijoch Pratadesaba. Habiendo también comparecido los recurridos bajo la representación del Procurador D. Carles Pons de Gironella y la dirección del letrado D. Lucio Purcalla Bonilla.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** -</hi> En la ya expresada fecha de 17 de octubre de 1995, la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el expresado recurso de apelación, dictó Sentencia conteniendo la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que estimando, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por FRANCISCO Y SERGIO MARTÍ OLIVÉ contra la sentencia de 20 de junio de 1994 pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de esta capital, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en consecuencia: Declaramos que la finca sita en Avda. Meridiana 361 7º 4ª pertenece a los demandantes apelantes y, consiguientemente, se declara la nulidad de la escritura de 19 de julio de 1989 concertada entre los codemandados, con cancelación de las inscripciones contradictorias a la propiedad que se declara, sin hacer especial imposición de las costas del proceso en ninguna de sus instancias". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** -</hi> Contra la presente resolución, D. Josep y Dª. Nuria Martí Jiménez interpusieron el presente recurso de casación tramitado ante este Tribunal según las prescripciones legales, señalándose la audiencia del día de ayer para su votación y fallo, como así tuvo lugar. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antoni Bruguera i Manté. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** -</hi> La sentencia que origina el presente recurso de casación, dictada en grado de apelación por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de octubre de 1995, declara los siguientes hechos: a) El 26 de febrero de 1958 D. Francesc Martí Figueras, mediante el desembolso de una cantidad de dinero que constituía la entrada, compró el piso 7º 4ª de la Avenida Meridiana nº 361 de esta ciudad. b) No lo compró ni hizo el contrato privado de compra con la intención de usarlo personalmente ni como inversión, sino expresamente para que constituyese el hogar conyugal de su hijo Francesc Martí Jiménez que se casó meses después. c) Su expresado hijo Francesc Martí Jiménez lo arregló según su gusto y necesidades; pagó a lo largo de los años el precio pendiente, y lo usó como si fuera suyo, sin ninguna interferencia de su padre hasta el día en que aquel murió en el mes de noviembre de 1970. d) Su viuda y sus dos hijos (Francesc y Sergi Martí Olivé, (aquí demandantes) siguieron usando el piso sin ninguna contradicción hasta bien entrado el año 1993 cuando D. Francesc Martí Figueras interpuso contra estos dos hermanos (hijos y herederos intestados de Francesc Martí Jiménez y nietos de Francesc Martí Figueras) demanda de desahucio en precario, habiendo alegado los dos expresados hermanos ocupantes, al impugnar el precario y en el pleito de menor cuantía que iniciaron contra su abuelo D. Francesc Martí Figueras y contra los hijos de éste y tíos de aquellos D. Josep y Dª. Nuria Martí Jiménez, que habían adquirido el piso por usucapión ya lo había poseído "animus sibi habendi" durante más de 30 años, invocando el art. 342 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña cuando dice que la usucapión del dominio tiene lugar por la posesión en concepto de dueño por tiempo de 30 años sin necesidad de título ni de buena fe.- e) La Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, estima la demanda de menor cuantía y declara que la expresada vivienda, piso 7º 4ª puerta del inmueble nº 361 de la Avenida Meridiana de Barcelona, pertenece en propiedad a los demandantes por haberlo adquirido por posesión continuada y a título de dueños más de 30 años, por lo cual declara nula la escritura pública de 19 de julio de 1989 en la que D. Francesc Martí Figueras dijo vender a D. Josep y a Dª. Nuria Martí Jiménez el indicado piso, y decreta la cancelación de las inscripciones contradictorias de la propiedad declarada en la sentencia. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** -</hi> D. Josep y Dª Nuria Jiménez interponen contra esta última el presente recurso de casación que fundamentan en 4 motivos.

El 1º aduce infracción del art. 24.1 de la Constitución en relación con el 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por auto de 31 de octubre de 1996, la Sala 1ª del Tribunal Supremo no admitió este motivo basado en infracción de precepto constitucional, y por tanto, no procede ahora examinarlo. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">Tercero.</hi>El motivo 2º se articula por la vía del nº 4 del art. 1692 de la ley de procedimiento y da como vulnerado el art. 342 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña alegando que D. Francesc Martí Figueras, adquirente por documento privado del piso el 26 de febrero de 1958, y el 19 de julio de 1989 vendió en escritura pública a sus hijos Josep y Nuria aquí demandados.</s></p></div3>

El motivo es rechazable. El art. 342 de la Compilación exige para la usucapión del dominio la posesión en concepto de dueño por tiempo de 30 años sin necesidad de título ni de buena fe. De modo que si D. Francesc y D. Sergi Martí Olivé han poseído el piso en concepto de dueños más de 30 años sin ningún tipo de interrupción en este período, que es el que declara y proclama “fuera de duda razonable” después del examen de toda la prueba practicada (“masiva documental y multitudinaria testifical”) la sentencia de la Audiencia, es incuestionable que la misma no ha vulnerado el art. 342 de la Compilación sino que la ha aplicado debidamente al caso, sin que sean relevantes los actos unilaterales que hubiese realizado el titular a espaldas de la actividad posesoria continuada y no interrumpida de los poseedores de hecho con ánimo dominical, no habiendo tenido, por tanto, ninguna trascendencia las dos escrituras unilaterales que el motivo invoca hechas con desconocimiento de los poseedores para interrumpir la prescripción de estos, por lo cual debemos desestimar el presente motivo de casación.</s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">Cuarto.</hi>El motivo 3º, por la vía procesal que el anterior (del nº 4º del art. 1692 de la ley procesal) vuelve a dar por conculcado el art. 342 de la Compilación Catalana de 1960 en cuanto al cómputo del período de 30 años que da acceso a la usucapión. El motivo expresa que en el presente caso el período de 30 años no ha transcurrido ya que se ignora -dice- el “dies a quo” a partir del que la prescripción adquisitiva tendría que estimarse iniciada, y en todo caso -añade- no podría estimarse comenzada antes del 16 de abril de 1964 cuando el titular documental (D. Francesc Martí Figueras) firmó la escritura pública de compra del piso.</s></p></div3>

El planteamiento anterior no respeta los hechos que la Audiencia ha tenido por probados, puesto que ella declara -en el 2º párrafo de su fundamento legal 2º- que: “El tiempo de usucapión igualmente es claro que ha transcurrido ya que dejando aparte la posesión que, conforme a la normalidad, implica arreglar un piso para que constituya el propio domicilio antes de la boda, cuando menos existe clara posesión desde la fecha de ésta, ocurrida en octubre de 1959, sin que exista interrupción natural de la usucapión, ni la civil prevista en el art. 1945 del Código Civil, sino hasta bien avanzado el año 1993 cuando se interpuso el desahucio por precario”.

De modo que sí, como dice la Audiencia, ha habido clara posesión del piso desde la fecha de la boda del padre causante -de D. Francesc Martí Jiménez- en octubre de 1959-, y continuada esta posesión a su muerte en el año 1970 por sus hijos herederos intestados (los actuales actores) sin que haya habido ninguna interrupción natural de la posesión hasta bien avanzado el año 1993 cuando se interpuso el desahucio por precario, es claro que la Audiencia fija bien patente el “dies a quo” del inicio del plazo de la prescripción (octubre de 1959) y también el día final de la misma (bien avanzado el año 1993); y como entre ambas fecha transcurrió, suficientemente, el período legal de usucapión, la Audiencia no ha vulnerado el art. 342 de la Compilación de 1960 como este segundo motivo lo pretende, y por tanto procede también desestimarlo.</s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">Quinto.</hi> Y el cuarto motivo de casación se articula igualmente al amparo del nº 4º del art. 1692 de la ley procesal y denuncia violación del nº 3 del art. 1563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia que se cita. Dice que la posesión por D. Francesc y D. Sergi Martí Olivé del piso objeto del litigio fue puramente en precario, y que esta posesión no podía llevar a que se declarase a favor suyo la prescripción adquisitiva o usucapión del piso.</s></p></div3>

La Audiencia aduce, por el contrario, que la posesión, primero de D. Francesc Martí Jiménez (desde 1959 a 1970), seguida por sus hijos y continuadores herederos Francesc y Sergi Martí Olivé (desde 1970 a 1993) no fue precaria sino “animus sibi habendi” y no por concesión graciosa del Sr. Martí Figueras; y como estas aseveraciones de hecho de la sentencia no han sido desvirtuadas (ni han podido serlo por la vía del nº 4 del art. 1692 que se ha empleado) está claro que tampoco puede ser acogido este último motivo de casación, y, por tanto, procede desestimarla toda.</s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">Sexto.</hi> Las costas deben imponerse a los recurrentes al ser desestimado el recurso (art. 1715, 2º último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil); sin pronunciarnos sobre el depósito al no haber sido necesario.</s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo expuesto anteriormente, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución,</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">PARTE DISPOSITIVA</head>

FALLAMOS: Desestimar el recurso de casación interpuesto por los hermanos Josep y Nuria Martí Jiménez contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de octubre de 1995 dimanante del pleito de menor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona por D. Francesc y D. Sergi Martí Olivé contra D. Francesc Martí Figueras y los hermanos Josep y Nuria Martí Jiménez, tíos, estos dos últimos, de los primeros (autos nº 614/1993 del Juzgado y rollo 792/94 de la Audiencia). Y condenamos a los expresados recurrentes Sres. Martí Jiménez al pago de las costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, lo mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 29 DE SETEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Encarna i Josep Lluís Cubas i Marín / Araceli Cubas i Marín</head>
 <head type=sub rend="bo">B) Traducció</head>

<head type=sub rend="bo">**Congruència.- Jurisprudència als efectes del recurs de cassació.**</head>

Vist per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que figuren al marge, el recurs de cassació contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona, com a conseqüència de les actuacions de judici declaratiu ordinari de menor quantia núm. 836/94, seguides davant el Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Barcelona sobre reducció de donació. El recurs va ser interposat per la Sra. Encarnación i el Sr. José Luis Cubas Marín, representats per la procuradora Roser Castelló Lasauca i defensats pel lletrat A. Tintoré Arroyo, i la part objecte de recurs és la Sra. Araceli Cubas Marín, representada pel procurador Alfredo Martínez Sánchez i defensada per la lletrada Matilde Bremón Fernández-Ayala.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> La procuradora dels tribunals Roser Castelló Lasauca, en nom de la Sra. Encarnación i del Sr. José Luis Cubas Marín, va formular una demanda de judici declaratiu de menor quantia, que, per tom de repartiment, va correspondre al Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Barcelona, contra la Sra. Araceli Cubas Marín. En aquesta demanda, després d'al·legar els fonaments de dret suplicava que, després de seguir els tràmits legals, es dictés una sentència per la qual es compelsís la demandada Araceli Cubas que col·lacionés els béns rebuts en donació per tal que es computessin i formessin part del total de l'herència dels seus pares, i així es donés lloc a la seva partició i adjudicació, en la quantitat que resulti del valor de les finques, que s'ha de deduir de les proves pericials que s'han de practicar en el moment processal oportú, i que correspon a la part de la llegítima individual dels actors, més els interessos i les costes als quals s'hauria de condemnar. Admesa la demanda, es va citar la demandada, que va comparèixer dins el termini i en la forma legal. Després de fer el judici seguint els tràmits legals, amb data 10 de juny de 1995, el Jutjat esmentat va dictar sentència la part dispositiva de la qual diu: "Decisió: Desestimo la demanda interposada per Encarnación i José Luis Cubas Marín contra Araceli Cubas Marín i absolc la demandada de totes les peticions formulades contra ella en la súplica de la demanda. Imposo a la part actora les costes d'aquest judici". </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Contra aquesta sentència la part demandant va interposar un recurs, que va ser admès en ambdós efectes, i després de substanciar l'alçada, la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar sentència amb data 20 de març de 1997, la part dispositiva de la qual és del tenor literal següent: "Fallamos: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra la sentencia dictada en fecha diez de junio de 1995, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, y con revocación de la misma debemos, acogiendo en parte la demanda presentada por Dª Encarnación y D. José Luis Cubas Marín, contra Dª Araceli Cubas Marín, debemos condenar y condenamos a Dª Araceli Cubas Marín a soportar la reducción de la donación realizada a su favor por D. Patricio Cubas Cagicas del piso de la calle Murtra nº 45, sobreático, puerta primera, de esta ciudad, por inoficiosa, debiendo realizarse dicha reducción en ejecución de sentencia según lo establecido en el fundamento jurídico sexto de esta resolución. No se imponen las costas del juicio en ninguna de las dos instancias". </s></p>
 </div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> La procuradora Roser Castelló Lasauca, en nom del Sr. José Luis i de la Sra. Encarnación Cubas Marín, va formalitzar un recurs de cassació per infracció de normes de dret civil comú i dret civil de Catalunya que basava en els motius següents:

1. A l'empara del núm. 3 de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil.
2. A l'empara del núm. 4 de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>
 </div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> Per mitjà d'una provisió de data 26 de maig passat es va tenir per interposat en temps i forma un recurs de cassació per la procuradora Roser Castelló Lasauca, en nom de la Sra. Encarnación i del Sr. José Luis Cubas Marín, i es van passar les actuacions al Ministeri Fiscal a l'efecte de l'article 1709 de la Llei d'enjudiciament civil, el qual el va evacuar mitjançant un escrit de data 25 de juny en el sentit de considerar procedent l'admissió a tràmit d'aquest recurs. Per provisió de data de juliol passat es va admetre a tràmit el recurs de cassació interposat per la procuradora Sra. Castelló, en la representació acreditada, i es va concedir el termini de 20 dies a la part objecte de recurs i que havia comparegut perquè formalitzés el seu escrit d'impugnació. Per provisió de data 8 d'aquest mes es va tenir per evacuat el tràmit d'impugnació i es va acordar fer la votació i dictar sentència el dia 18 a les 11 h del matí. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent l'Excm. Sr. Guillermo Vidal Andreu. </s></p></div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">RAONAMENTS JURÍDICS</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> Són dades processals bàsiques per a la resolució d'aquest recurs les següents: els germans Encarnación i José Luis Cubas Marín van presentar una demanda contra la tercera germana, Araceli, en què exercitaven una "acció de reducció de donació" i al·legaven -molt en síntesi- que els pares dels litigants, Encarnación Marín i Patricio Cubas, van morir intestats, respectivament, el 12 de febrer de 1977 i el 26 de gener de 1992. Van instar la declaració d'hereus davant un notari de Barcelona en data 1 de març de 1994. En vida, els pares havien adquirit una finca en el carrer Murtra, núm. 45, sobreàtic, primera, d'aquesta ciutat, i es va signar el document privat en data 6 de març de 1969 i l'escriptura pública en data 4 de juny de 1987, en la qual apareixia com a adquirent la Sra. Araceli Cubas. La Sra. Araceli Cubas va comprar el 8 d'abril de 1985 la finca situada en el carrer Major de Sarrià, núm. 113, que havia estat domicili conjugal i familiar en règim d'arrendament des de l'establiment dels pares a Barcelona, fent-ho amb diners efectius dels pares, després va vendre dos terços de la finca, va constituir la resta en propietat horitzontal i se'n va adjudicar dues entitats, que avui manté llogades per 150.000 pessetes mensuals. Per tot això, els actors reclamaven compel·lir la demandada perquè "col·locioni els béns rebuts en donació que es computin i formin part del total de l'herència dels seus pares donant lloc a la partició i adjudicació de la mateixa, en la quantitat que resulti del valor de les finques que s'ha de deduir de les proves pericials que s'han de practicar en el moment processal oportú, import corresponent a la part de la llegítima individual dels meus mandants".

La sentència del Jutjat de Primera Instància de Barcelona rebutja la totalitat dels arguments exposats pels demandants i desestima la demanda, atès que no considera acreditat que les finques en qüestió fossin adquirides pels pares dels litigants i transmeses en donació a la demandada. La sentència de l'Audiència Provincial, en seu d'apel·lació, considera que el resultat de la prova demostra l'adquisició amb diners propis de la demandada de la finca del carrer Major de Sarrià, en tant que el pis del carrer Murtra va ser comprat pel seu pare i transmès a la filla per un "desig de liberalitat", amb la qual cosa, revocant en part la sentència d'instància i estimant també parcialment la demanda, condemna a Araceli Cubas a suportar la reducció de la donació realitzada al seu favor pel Sr. Patricio Cubas Cagigas del pis del carrer Murtra, núm. 45, sobreàtic, porta primera, d'aquesta ciutat, per inoficiosa, i s'ha de realitzar-se la reducció esmentada en execució de sentència"...

Contra la sentència esmentada els demandants inicials interposen ara un recurs de cassació sobre la base dels números 3 i 4 de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> En primer lloc, segons la part recurrent, "la decisió infringeix per inaplicació l'obligatorietat fixada per doctrina jurisprudencial reiterada en el sentit d'infringir les normes reguladores de la sentència". A continuació, la recurrent desenvolupa tota la història processal segons el resultat del que entén provat, per acabar expressant: "Por lo hasta aquí expuesto, es obvio que la sentencia dictada por la Audiencia debia ser congruente con las peticiones de las partes cosa que no se realizó, ya que mientras que la sentencia de apelación vió la donación, respecto al piso de la calle Murtra, fallando en el sentido de condenar a D^a Araceli Cubas a soportar la reducción de la donación realizada a su favor por el padre D. Patricio Cubas, por inoficiosa, no así entiende la realidad de la donación del padre respecto a la vivienda y negocio familiar a favor de D^a Araceli en flagrante perjuicio de los derechos legitimarios de mis mandantes, por lo que considera esta parte se han vulnerado las normas recogidas en los artículos..." i seguidament se citen els articles 124, 127, 128, 129 i 273 de la Compilació de dret civil de Catalunya.

El recurs, com es pot veure, incorre en una confusió patent. D'un costat, es basa en el numero 3 de l'article 1692 de la Llei d'enjudiciament civil i, d'un altre, invoca com a infringits articles de la Compilació catalana que, òbviament, no tenen res a veure amb la sentència. La doctrina i la jurisprudència estan d'acord a afirmar que la via processal adequada per denunciar els vicis de la sentència és, en efecte, la del núm. 3 de l'article 1692. Des d'aquesta perspectiva poden examinar-se la falta de claredat i precisió de la sentència, la seva falta de congruència i, avui, la seva falta de motivació, per imperatiu dels articles 120 de la Constitució, 248 de la Llei orgànica del poder judicial i 372.3 de la Llei d'enjudiciament civil. És una via de normativa processal que tendeix a corregir els vicis *interns* de la sentència. Però la part recurrent no denuncia cap d'aquests vicis. Potser sí que menciona una possible incongruència, però en fer-ho oblidava que la congruència no suposa, en cap cas, l'exigència de literalitat entre la decisió i el *petitum* de la part actora; la congruència, com ja ha tingut ocasió de dir aquesta Sala, es mesura per l'adequació entre la part dispositiva de la resolució i les pretensions oportunament adduïdes per les parts en el procés, de tal manera que aquella no pot concedir més del que elles han demanat, ni menys del que el demandat ha admès, ni cosa diferent de la pretesa. Per això, el nostre Tribunal Suprem ha pogut dir reiteradament que no hi ha incongruència quan s'estima parcialment la demanda (exemple: sentència 7 d'octubre de 1993) ni tampoc quan es dóna menys del que s'ha demanat (exemple: sentència 7 de març de 1992).

El que en realitat intenta la part, en aquest primer motiu de cassació, és substituir el criteri de l'Audiència en matèria de valoració probatòria pel seu propi, convertint la qüestió en un supòsit en contra de la continuada prohibició jurisprudencial, de la qual són mers exemples les sentències de dates 26 de gener de 1973, 1 de febrer de 1982, 30 de setembre de 1993, 24 de juny i 24 d'octubre de 1994, 9 i 31 de gener de 1995, etc. En efecte, la sentència de l'Audiència conté un complet i exhaustiu estudi de les qüestions plantejades i, en concret, decideix, després de valorar la prova practicada en primera instància, que una de les finques qüestionades és propietat de la demandada i l'altra li va ser donada pel seu pare, i obliga a la reducció d'aquesta donació. El recurs de cassació parteix d'una valoració diferent de les proves i, sense aportar cap dada coadjuvant, fa, com s'ha dit, supòsit de la qüestió i invoca un pretès, no concretat i inexistent, *vici* de la sentència, per acabar suplicant no que aquest (?) es corregeixi, sinó que es dicti sentència conforme amb les seves peticions inicials i d'allà, precisament, la cita de preceptes *de fons* de la Compilació. És una cita obligada, per definitori, un dels últims paràgrafs del motiu que diu així: "per tot el que s'ha exposat, aquesta representació entén que la Sala d'Apel·lació va infringir les normes reguladores de la sentència en distingir entre una i altra donació".

El motiu, doncs, ha de ser íntegrament desestimat. </s></p>
</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** </hi> El segon motiu, basat en el núm. 4 de l'article 1692 de la LEC, és, si és possible, encara més confús i no pot prosperar. En ell la part recurrent es limita a enumerar una sèrie d'articles de la Compilació de dret civil de Catalunya, concretament el 122 i següents, el 273 i següents, el 365 i el 16; del Codi civil, concretament els 1035, 1037, 1039, 1044, 1068 a 1072, 323, 331 i 349; al costat d'una sentència del Tribunal Suprem, de data 10 de març de 1966, i altres diverses de les audiències territorials i provincials, sense concretar la seva procedència.

Amb tot això, la part recurrent desconeix:

1r. Que, segons doctrina reiterada del nostre Tribunal Suprem (exemples: sentències 31 de gener de 1992 i 25 de juny de 1994), per fonamentar el recurs en l'ordinal predit, no n'hi ha prou amb la mera citació dels preceptes legals i de les dates de les resolucions, sinó que s'ha de posar de manifest quina és la doctrina legal que n'emana i en quin sentit ha estat vulnerada pel Tribunal *a quo*.

2n. Que no es pot fonamentar el recurs en una sola sentència del Tribunal Suprem quan encara no forma doctrina jurisprudencial, sense desconèixer el valor que aquesta sentència pugui tenir per als tribunals inferiors (sentències 24 d'abril de 1970 i 29 d'abril de 1972), i que tampoc es pot fonamentar el recurs en sentències d'aquests tribunals (sentències 11 de juny de 1991 i 28 de juny de 1994).

3r. Quant al fons, que la sentència de l'Audiència no ha vulnerat cap dels preceptes esmentats. L'Audiència s'ha atingut amb rigor a la doctrina que flueix dels preceptes que s'esmenten de la Compilació catalana, fins i tot ha corregit al demandant, que basava les seves peticions inicials en el dret comú. El que succeeix i el que contraria a aquesta part és que l'Audiència, com s'ha dit, entén que el valor d'una de les finques no ha de ser objecte de reducció en tant que propietat de la demandada i aquesta és precisament una qüestió de valoració de prova i no d'aplicació de normes de dret substantiu, normes, d'altra banda, que sí que ha aplicat el tribunal d'apel·lació respecte al valor de l'altra finca, que entén que ha estat donada pel pare dels litigants. En qualsevol cas resulta significatiu, sobre això, que la part que invoca el motiu de cassació no cita ni un sol precepte processal d'apreciació probatòria, amb la qual cosa aquesta Sala difícilment pot arribar a substituir el criteri del tribunal d'instància.

Per tot el que s'ha dit, el segon motiu també ha de ser desestimat i amb ell tot el recurs. </s></p>
</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** </hi> El fet que no sigui procedent cap dels motius de cassació determina la imposició de les costes al recurrent, de conformitat amb la previsió continguda en l'article 1715.3 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>

</div3>
</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECISIÓ**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya desestima el recurs de cassació interposat per la procuradora Roser Castelló Lasauca, en nom de José Luis i Encarnación Cubas Marín contra la sentència dictada per la Secció 11a de l'Audiència Provincial de Barcelona en data 20 de març de 1997, i condemna la part recurrent a pagar les costes causades en aquest recurs.

Notifiqueu-ho i publiqueu aquesta resolució d'acord amb el dret. Torneu les actuacions i el rotlle rebuts, juntament amb un testimoniatge de la sentència, al Tribunal de la seva procedència. Així ho acorda la Sala i ho signen el president i els magistrats que figuren al marge. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 29 DE SETIEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Encarnación y José Luis Cubas Marín / Araceli Cubas Marín </head>
 <head type=sub rend="bo">A) Texto original</head>

<head type=sub rend="bo">**Congruencia.- Jurisprudencia a los efectos del recurso de casación.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía núm. 836/94, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona sobre reducción de donación, cuyo recurso fue interpuesto por D^a ENCARNACIÓN Y D. JOSE LUIS CUBAS MARIN, representados por la Procuradora D. ROSER CASTELLO LASAUCA, y defendidos por el letrado Sr. A. TINTORÉ ARROYO, siendo parte recurrida D^a ARACELI CUBAS MARIN, representada por el Procurador D. ALFREDO MARTINEZ SANCHEZ y defendida por el letrado D^a MATILDE BREMON FERNANDEZ-AYALA.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>El Procurador de los Tribunales D^a Roser Castelló Lasauca, actuando en nombre y representación de D^a Encarnación y D. José Luis Cubas Marín, formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía que en turno de reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona contra D^a Araceli Cubas Marín, en la que tras alegar los fundamentos de derecho, se suplicaba una sentencia, previos los trámites legales, por la que se compela a la demandada doña Araceli Cubas para que colacionase los bienes recibidos en donación para que se computen y formen parte del total de la herencia de sus padres dando lugar a la partición y adjudicación de la misma, en la cantidad que resulte del valor de las fincas que se deducirá por las pruebas periciales a practicar en el momento procesal oportuno, importe correspondiente a la parte legitimaria individual de los actores, más interes y costas a los que deberá ser condenada. Admitida la demanda, se emplazó a la demandada, que compareció en tiempo y forma. Seguido el juicio por sus trámites legales, con fecha 10 de junio de 1995, el mencionado Juzgado dictó sentencia, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por DOÑA ENCARNACION Y DON JOSE LUIS CUBAS MARIN contra DOÑA ARACELI CUBAS MARIN debo absolver y absuelvo a la referida demandada de todas las peticiones formuladas contra ella en el súplico de la demanda. Se imponen a la parte actora las costas del presente juicio." </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Contra la indicada sentencia la parte demandante interpuso recurso y admitido el mismo en ambos efectos, y sustanciándose la alzada, la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 20 de marzo de 1997, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra la sentencia dictada en fecha diez de junio de mil novecientos noventa y cinco, por el Juzgado de Primera Instancia n^o 5 de Barcelona, y con revocación de la misma debemos acogiendo en parte la demanda presentada por D^a Encarnación y D. José Luis Cubas Marín, contra D^a Araceli Cubas Marín, condenar y condenamos a D^a Araceli Cubas Marín a soportar la reducción de la donación realizada a su favor por D. Patricio Cubas Cagigas del piso de la calle Murtra n^o 45 sobreático puerta primera de esta ciudad, por inoficiosa, debiendo realizarse dicha reducción en ejecución de sentencia según lo establecido en el fundamento jurídico sexto de esta resolución. No se imponen las costas del juicio en ninguna de las dos instancias." </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>La Procurador D^a Roser Castelló Lasauca, en nombre y representación de D. José Luis y Doña Encarnación Cubas Marín, formalizó recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil común y Derecho civil de Cataluña, que basaba en los motivos siguientes:

- 1^o.- Al amparo del número 3^o del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- 2^o.- Al amparo del número 4^o del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Por providencia de fecha 26 de mayo pasado se tuvo por interpuesto en tiempo y forma el recurso de casación interpuesto por la Procurador D^a Roser Castelló Lasauca en nombre y representación de D^a ENCARNACIÓN Y D. JOSE LUIS CUBAS MARIN y se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal a los fines del art. 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual lo evacuó mediante escrito de fecha 25 de junio en el sentido de considerar procedente la admisión a trámite del presente recurso. Por providencia de fecha de julio pasado, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la Procurador Sra. Castelló en la representación acreditada y se concedió el plazo de 20 días a la parte recurrida y personada para que formalizara su escrito de impugnación. Por providencia de fecha 8 del presente mes se tuvo por evacuado el trámite de impugnación y se acordó la celebración de votación y fallo el día 18 a las once horas de su mañana. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. GUILLERMO VIDAL ANDREU. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** -</hi> Son datos procesales básicos para la resolución del presente recurso los siguientes: se entabló demanda por los hermanos doña Encarnación y don José Luis Cubas Marín contra la tercera hermana doña Araceli ejercitando “acción de reducción de donación” y alegando - muy en síntesis - que los padres de los litigantes, doña Encarnación Marín y don Patricio Cubas fallecieron intestados en fechas respectivas de 12 de febrero de 1977 y 26 de enero de 1992, instándose la declaración de herederos ante Notario de Barcelona en fecha 1 de marzo de 1994; que, en vida, dichos padres habían adquirido una finca en calle Murtra núm. 45, sobreático, primera, de esta ciudad, firmándose documento privado en fecha 6 de marzo de 1969 y escritura pública en fecha 4 de junio de 1987, apareciendo en ésta como adquirente doña Araceli Cubas; que doña Araceli Cubas compró el 8 de abril de 1985 la finca, sita en calle Mayor de Sarriá núm. 113, que había sido domicilio conyugal y familiar en régimen de arrendamiento desde el establecimiento de los padres en Barcelona, haciéndolo con efectivo dinerario de éstos, vendiendo luego dos tercios de la finca, contituyendo el resto en Propiedad Horizontal y adjudicándose dos entidades de la misma, que hoy mantiene alquiladas por 150.000 pesetas mensuales; que, por todo ello, los actores reclamaban compeler a la demandada para que “colacione los bienes recibidos en donación para que se computen y formen parte del total de la herencia de sus padres dando lugar a la partición y adjudicación de la misma, en la cantidad que resulte del valor de las fincas que se deducirá por las pruebas periciales a practicar en el momento procesal oportuno, importe correspondiente a la parte legitimaria individual de mis mandantes”.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona rechaza la totalidad de los argumentos expuestos por los demandantes y desestima la demanda, al entender no acreditado que las fincas en cuestión fueran adquiridas por los padres de los litigantes y transmitidas en donación a la demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial, en sede de apelación, considera que el resultado de la prueba demuestra la adquisición con dinero propio de la demandada de la finca de la calle Mayor de Sarriá, en tanto que el piso de la calle Murtra fue comprado por el padre de la misma y transmitido a la hija por un “deseo de liberalidad”, con lo que, revocando en parte la sentencia de instancia y estimando también parcialmente la demanda, condena a doña Araceli Cubas a “soportar la reducción de la donación realizada a su favor por D. Patricio Cubas Cagigas del piso de la calle Murtra nº 45 sobreático puerta primera de esta ciudad, por inoficiosa, debiendo realizarse dicha reducción en ejecución de sentencia..”

Contra dicha sentencia se instaura ahora recurso de casación por los demandantes iniciales sobre la base de los números 3º y 4º del art. 1692 de la LEC. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>En primer lugar, según la parte recurrente, “*el fallo infringe por inaplicación la obligatoriedad sentada por reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de infringir las normas reguladoras de la sentencia...*”. A continuación, la recurrente desarrolla toda la historia procesal según el resultado de lo que entiende probado, para acabar expresando “*Por lo hasta aquí expuesto, es obvio que la sentencia dictada por la Audiencia debía ser congruente con las peticiones de las partes cosa que no se realizó, ya que mientras que la sentencia de apelación vió la donación, respecto al piso de la calle Murtra fallando en el sentido de condenar a Doña Araceli Cubas a soportar la reducción de la donación realizada a su favor por el padre Don Patricio Cubas, por inoficiosa, no así entiende la realidad de la donación del padre respecto a la vivienda y negocio familiar a favor de Doña Araceli en flagrante perjuicio de los derechos legitimarios de mis mandantes, por lo que considera esta parte se han vulnerado las normas recogidas en los artículos...*” con cita seguida de los 124, 127, 128, 129 y 273 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

El recurso, como es de ver, incurre en una patente confusión. De un lado, viene basado en el numeral 3º del art. 1692 de la LEC y, de otro, invoca como infringidos artículos de la Compilación catalana que, obviamente, nada tienen que ver con la sentencia. Doctrina y jurisprudencia vienen hoy contestes a la hora de afirmar que el cauce procesal adecuado para denunciar los vicios de la sentencia es, en efecto, el del núm. 3º del art. 1692. Desde esta perspectiva pueden examinarse la falta de claridad y precisión de la sentencia, su falta de congruencia y, hoy, su falta de motivación, por imperativo de los arts. 120 de la Constitución, 248 de la LOPJ y 372. 3º de la LEC. Es un cauce de normativa procesal que tiende a corregir los vicios “internos” de la sentencia. Pero ninguno de estos vicios es denunciado por la parte recurrente. Si acaso, hace mención a una posible incongruencia, mas al hacerlo olvida que la congruencia no supone, en ningún caso, la exigencia de literalidad entre el fallo y el “*petitum*” de la parte actora; la congruencia, como ya ha tenido ocasión de decir esta Sala, se mide por la adecuación entre la parte dispositiva de la resolución y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, de forma tal que aquélla no puede conceder más de lo pedido por éstas, ni menos de lo admitido por el demandado, ni cosa diferente de la pretendida. De ahí que nuestro Tribunal Supremo haya podido decir reiteradamente que no hay incongruencia cuando se estima parcialmente la demanda (ejem. sent. 7 de octubre de 1993) como tampoco cuando se da menos de lo pedido (ejem. sent. 7 de marzo de 1992).

Lo que en realidad intenta la parte en este primer motivo casacional es sustituir el criterio de la Audiencia en materia de valoración probatoria por el suyo propio, haciendo supuesto de la cuestión en contra de la continuada prohibición jurisprudencial, de la que son puros ejemplos las sentencias de fechas 26 de enero de 1973, 1 de febrero de 1982, 30 de septiembre de 1993, 24 de junio y 24 de octubre de 1994, 9 y 31 de enero de 1995, etc. En efecto, la sentencia de la Audiencia contiene un completo y exhaustivo estudio de las cuestiones planteadas y, en concreto, decide, tras valorar la prueba practicada en primera instancia, que una de las fincas cuestionadas es propiedad de la demandada y la otra le fue donada por su padre, obligando a la reducción de esa donación. El recurso de casación parte de una distinta valoración de las pruebas y, sin aportación de dato coadyuvante alguno, hace, como se ha dicho, supuesto de la cuestión e invoca un pretendido, no concretado e inexistente “vicio” de la sentencia, para terminar suplicando no que éste (?) se corrija, sino que se dicte sentencia acorde con sus peticiones iniciales y de ahí, precisamente, la cita de preceptos “de fondo” de la Compilación. Resulta cita obligada, por lo definitorio, uno de los últimos párrafos del motivo. Dice así: “*Por todo lo expuesto, entiende esta representación que la Sala de Apelación quebrantó las normas reguladoras de la sentencia al distinguir entre una y otra donación*”.

El motivo, pues, ha de ser íntegramente desestimado. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** -</hi> El segundo motivo, basado en el núm. 4º del art. 1692 de la LEC., es, si cabe, todavía más confuso e improsperable. En él se limita la parte recurrente a enumerar una serie de artículos de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, concretamente: los 122 y siguientes, los 273 y siguientes, 365 y 16; del Código civil, concretamente: los 1035, 1037, 1039, 1044, 1068 a 1072, 323, 331 y 349; junto a una sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 1966 y otras varias de Audiencia Territoriales y Provinciales, sin concreción siquiera de su procedencia.

Con todo ello desconoce la parte recurrente:

1º. Que, según reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo (ejems. sents. 31 de enero de 1992 y 25 de junio de 1994), no basta, para fundamentar el recurso en el ordinal predicho, la mera cita de los preceptos legales y de las fechas de las resoluciones, sino que ha de ponerse de manifiesto cuál es la doctrina legal que de ellos emana y en qué sentido ha sido vulnerada por el Tribunal *a quo*.

2º. Que no cabe fundamentar el recurso en una sola sentencia del Tribunal Supremo en cuanto no forma todavía doctrina jurisprudencial, sin desconocer el valor que tal sentencia pueda tener para los Tribunales inferiores (sents. 24 de abril de 1970, 29 de abril de 1972) y que tampoco cabe fundamentar el recurso en sentencias de estos Tribunales (sents. 11 de junio de 1991, 28 de junio de 1994).

3º. Y ya en cuanto al fondo, que ninguno de los preceptos citados ha sido vulnerado por la sentencia de la Audiencia. A la doctrina que fluye de los preceptos que se citan de la Compilación catalana se ha atendido con rigor la Audiencia, incluso corrigiendo al demandante que basaba sus iniciales peticiones en el Derecho común. Lo que sucede y lo que contraría a la dicha parte es que la Audiencia, como se ha dicho, entiende que el valor de una de las fincas no ha de ser objeto de reducción en tanto propiedad de la demandada y esa es precisamente una cuestión de valoración de prueba y no de aplicación de normas de derecho sustantivo, normas, por otro lado, que sí ha aplicado el Tribunal de Apelación respecto al valor de la otra finca, que entiende donada por el padre de los litigantes. En cualquier caso resulta significativo, al respecto, que la parte que invoca el motivo casacional no cita ni un solo precepto procesal de apreciación probatoria, con lo que difícilmente esta Sala puede llegar a sustituir el criterio del Tribunal de instancia.

Por todo cuanto antecede, también el segundo motivo ha de ser desestimado y con él todo el recurso.

< / s > < / p > < / d i v 3 >

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** -</hi>La no procedencia de ningún motivo casacional determina la imposición de costas al recurrente, de conformidad con la previsión contenida en el art. 1715.3 de la LEC. </s></p></div3>

<div3><p><s>Así pues</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que desestimamos el recurso de casación entablado por la Procuradora doña Roser Castelló Lasauca, en nombre y representación de don José Luis y doña Encarnación Cubas Marín contra la sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 20 de marzo de 1997, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso. Notifíquese y publíquese la presente resolución con arreglo a derecho y devuélvase, junto con testimonio de la misma, las actuaciones y Rollo recibidos al Tribunal de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 29 DE SETIEMBRE DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Encarnación y José Luis Cubas Marín / Araceli Cubas Marín </head>

<head type=sub rend="bo">A) Texto original</head>

<head type=sub rend="bo">**Congruencia.- Jurisprudencia a los efectos del recurso de casación.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía núm. 836/94, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona sobre reducción de donación, cuyo recurso fue interpuesto por D^a ENCARNACIÓN Y D. JOSE LUIS CUBAS MARIN, representados por la Procuradora D. ROSER CASTELLO LASAUCA, y defendidos por el letrado Sr. A. TINTORÉ ARROYO, siendo parte recurrida D^a ARACELI CUBAS MARIN, representada por el Procurador D. ALFREDO MARTINEZ SANCHEZ y defendida por el letrado D^a MATILDE BREMON FERNANDEZ-AYALA.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** </hi>El Procurador de los Tribunales D^a Roser Castelló Lasauca, actuando en nombre y representación de D^a Encarnación y D. José Luis Cubas Marín, formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía que en turno de reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona contra D^a Araceli Cubas Marín, en la que tras alegar los fundamentos de derecho, se suplicaba una sentencia, previos los trámites legales, por la que se compela a la demandada doña Araceli Cubas para que colacionase los bienes recibidos en donación para que se computen y formen parte del total de la herencia de sus padres dando lugar a la partición y adjudicación de la misma, en la cantidad que resulte del valor de las fincas que se deducirá por las pruebas periciales a practicar en el momento procesal oportuno, importe correspondiente a la parte legítimaria individual de los actores, más interés y costas a los que deberá ser condenada. Admitida la demanda, se emplazó a la demandada, que compareció en tiempo y forma. Seguido el juicio por sus trámites legales, con fecha 10 de junio de 1995, el mencionado Juzgado dictó sentencia, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por DOÑA ENCARNACION Y DON JOSE LUIS CUBAS MARIN contra DOÑA ARACELI CUBAS MARIN debo absolver y absuelvo a la referida demandada de todas las peticiones formuladas contra ella en el súplico de la demanda. Se imponen a la parte actora las costas del presente juicio." </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** </hi>Contra la indicada sentencia la parte demandante interpuso recurso y admitido el mismo en ambos efectos, y sustanciándose la alzada, la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 20 de marzo de 1997, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra la sentencia dictada en fecha diez de junio de mil novecientos noventa y cinco, por el Juzgado de Primera Instancia n^o 5 de Barcelona, y con revocación de la misma debemos acogiendo en parte la demanda presentada por D^a Encarnación y D. José Luis Cubas Marín, contra D^a Araceli Cubas Marín, condenar y condenamos a D^a Araceli Cubas Marín a soportar la reducción de la donación realizada a su favor por D. Patricio Cubas Cagigas del piso de la calle Murtra n^o 45 sobreático puerta primera de esta ciudad, por inoficiosa, debiendo realizarse dicha reducción en ejecución de sentencia según lo establecido en el fundamento jurídico sexto de esta resolución. No se imponen las costas del juicio en ninguna de las dos instancias." </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** </hi>La Procurador D^a Roser Castelló Lasauca, en nombre y representación de D. José Luis y Doña Encarnación Cubas Marín, formalizó recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil común y Derecho civil de Cataluña, que basaba en los motivos siguientes:

1^o.- Al amparo del número 3^o del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

2^o.- Al amparo del número 4^o del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** </hi>Por providencia de fecha 26 de mayo pasado se tuvo por interpuesto en tiempo y forma el recurso de casación interpuesto por la Procurador D^a Roser Castelló Lasauca en nombre y representación de D^a ENCARNACIÓN Y D. JOSE LUIS CUBAS MARIN y se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal a los fines del art. 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual lo evacuó mediante escrito de fecha 25 de junio en el sentido de considerar procedente la admisión a trámite del presente recurso. Por providencia de fecha de julio pasado, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la Procurador Sra. Castelló en la representación acreditada y se concedió el plazo de 20 días a la parte recurrida y personada para que formalizara su escrito de impugnación. Por providencia de fecha 8 del presente mes se tuvo por evacuado el trámite de impugnación y se acordó la celebración de votación y fallo el día 18 a las once horas de su mañana. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. GUILLERMO VIDAL ANDREU. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** -</hi> Son datos procesales básicos para la resolución del presente recurso los siguientes: se entabló demanda por los hermanos doña Encarnación y don José Luis Cubas Marín contra la tercera hermana doña Araceli ejercitando “acción de reducción de donación” y alegando - muy en síntesis - que los padres de los litigantes, doña Encarnación Marín y don Patricio Cubas fallecieron intestados en fechas respectivas de 12 de febrero de 1977 y 26 de enero de 1992, instándose la declaración de herederos ante Notario de Barcelona en fecha 1 de marzo de 1994; que, en vida, dichos padres habían adquirido una finca en calle Murtra núm. 45, sobreático, primera, de esta ciudad, firmándose documento privado en fecha 6 de marzo de 1969 y escritura pública en fecha 4 de junio de 1987, apareciendo en ésta como adquirente doña Araceli Cubas; que doña Araceli Cubas compró el 8 de abril de 1985 la finca, sita en calle Mayor de Sarriá núm. 113, que había sido domicilio conyugal y familiar en régimen de arrendamiento desde el establecimiento de los padres en Barcelona, haciéndolo con efectivo dinerario de éstos, vendiendo luego dos tercios de la finca, contituyendo el resto en Propiedad Horizontal y adjudicándose dos entidades de la misma, que hoy mantiene alquiladas por 150.000 pesetas mensuales; que, por todo ello, los actores reclamaban compeler a la demandada para que “colacione los bienes recibidos en donación para que se computen y formen parte del total de la herencia de sus padres dando lugar a la partición y adjudicación de la misma, en la cantidad que resulte del valor de las fincas que se deducirá por las pruebas periciales a practicar en el momento procesal oportuno, importe correspondiente a la parte legitimaria individual de mis mandantes”.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona rechaza la totalidad de los argumentos expuestos por los demandantes y desestima la demanda, al entender no acreditado que las fincas en cuestión fueran adquiridas por los padres de los litigantes y transmitidas en donación a la demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial, en sede de apelación, considera que el resultado de la prueba demuestra la adquisición con dinero propio de la demandada de la finca de la calle Mayor de Sarriá, en tanto que el piso de la calle Murtra fue comprado por el padre de la misma y transmitido a la hija por un “deseo de liberalidad”, con lo que, revocando en parte la sentencia de instancia y estimando también parcialmente la demanda, condena a doña Araceli Cubas a “soportar la reducción de la donación realizada a su favor por D. Patricio Cubas Cagigas del piso de la calle Murtra nº 45 sobreático puerta primera de esta ciudad, por inoficiosa, debiendo realizarse dicha reducción en ejecución de sentencia..”

Contra dicha sentencia se instaura ahora recurso de casación por los demandantes iniciales sobre la base de los números 3º y 4º del art. 1692 de la LEC. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** -</hi>En primer lugar, según la parte recurrente, “*el fallo infringe por inaplicación la obligatoriedad sentada por reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de infringir las normas reguladoras de la sentencia...*”. A continuación, la recurrente desarrolla toda la historia procesal según el resultado de lo que entiende probado, para acabar expresando “*Por lo hasta aquí expuesto, es obvio que la sentencia dictada por la Audiencia debía ser congruente con las peticiones de las partes cosa que no se realizó, ya que mientras que la sentencia de apelación vió la donación, respecto al piso de la calle Murtra fallando en el sentido de condenar a Doña Araceli Cubas a soportar la reducción de la donación realizada a su favor por el padre Don Patricio Cubas, por inoficiosa, no así entiende la realidad de la donación del padre respecto a la vivienda y negocio familiar a favor de Doña Araceli en flagrante perjuicio de los derechos legitimarios de mis mandantes, por lo que considera esta parte se han vulnerado las normas recogidas en los artículos...*” con cita seguida de los 124, 127, 128, 129 y 273 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

El recurso, como es de ver, incurre en una patente confusión. De un lado, viene basado en el numeral 3º del art. 1692 de la LEC y, de otro, invoca como infringidos artículos de la Compilación catalana que, obviamente, nada tienen que ver con la sentencia. Doctrina y jurisprudencia vienen hoy contestes a la hora de afirmar que el cauce procesal adecuado para denunciar los vicios de la sentencia es, en efecto, el del núm. 3º del art. 1692. Desde esta perspectiva pueden examinarse la falta de claridad y precisión de la sentencia, su falta de congruencia y, hoy, su falta de motivación, por imperativo de los arts. 120 de la Constitución, 248 de la LOPJ y 372. 3º de la LEC. Es un cauce de normativa procesal que tiende a corregir los vicios “internos” de la sentencia. Pero ninguno de estos vicios es denunciado por la parte recurrente. Si acaso, hace mención a una posible incongruencia, mas al hacerlo olvida que la congruencia no supone, en ningún caso, la exigencia de literalidad entre el fallo y el “*petitum*” de la parte actora; la congruencia, como ya ha tenido ocasión de decir esta Sala, se mide por la adecuación entre la parte dispositiva de la resolución y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, de forma tal que aquélla no puede conceder más de lo pedido por éstas, ni menos de lo admitido por el demandado, ni cosa diferente de la pretendida. De ahí que nuestro Tribunal Supremo haya podido decir reiteradamente que no hay incongruencia cuando se estima parcialmente la demanda (ejem. sent. 7 de octubre de 1993) como tampoco cuando se da menos de lo pedido (ejem. sent. 7 de marzo de 1992).

Lo que en realidad intenta la parte en este primer motivo casacional es sustituir el criterio de la Audiencia en materia de valoración probatoria por el suyo propio, haciendo supuesto de la cuestión en contra de la continuada prohibición jurisprudencial, de la que son puros ejemplos las sentencias de fechas 26 de enero de 1973, 1 de febrero de 1982, 30 de septiembre de 1993, 24 de junio y 24 de octubre de 1994, 9 y 31 de enero de 1995, etc. En efecto, la sentencia de la Audiencia contiene un completo y exhaustivo estudio de las cuestiones planteadas y, en concreto, decide, tras valorar la prueba practicada en primera instancia, que una de las fincas cuestionadas es propiedad de la demandada y la otra le fue donada por su padre, obligando a la reducción de esa donación. El recurso de casación parte de una distinta valoración de las pruebas y, sin aportación de dato coadyuvante alguno, hace, como se ha dicho, supuesto de la cuestión e invoca un pretendido, no concretado e inexistente “vicio” de la sentencia, para terminar suplicando no que éste (?) se corrija, sino que se dicte sentencia acorde con sus peticiones iniciales y de ahí, precisamente, la cita de preceptos “de fondo” de la Compilación. Resulta cita obligada, por lo definitorio, uno de los últimos párrafos del motivo. Dice así: “*Por todo lo expuesto, entiende esta representación que la Sala de Apelación quebrantó las normas reguladoras de la sentencia al distinguir entre una y otra donación*”.

El motivo, pues, ha de ser íntegramente desestimado. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** -</hi> El segundo motivo, basado en el núm. 4º del art. 1692 de la LEC., es, si cabe, todavía más confuso e improporcionable. En él se limita la parte recurrente a enumerar una serie de artículos de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, concretamente: los 122 y siguientes, los 273 y siguientes, 365 y 16; del Código civil, concretamente: los 1035, 1037, 1039, 1044, 1068 a 1072, 323, 331 y 349; junto a una sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 1966 y otras varias de Audiencia Territoriales y Provinciales, sin concreción siquiera de su procedencia.

Con todo ello desconoce la parte recurrente:

1º. Que, según reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo (ejems. sents. 31 de enero de 1992 y 25 de junio de 1994), no basta, para fundamentar el recurso en el ordinal predicho, la mera cita de los preceptos legales y de las fechas de las resoluciones, sino que ha de ponerse de manifiesto cuál es la doctrina legal que de ellos emana y en qué sentido ha sido vulnerada por el Tribunal *a quo*.

2º. Que no cabe fundamentar el recurso en una sola sentencia del Tribunal Supremo en cuanto no forma todavía doctrina jurisprudencial, sin desconocer el valor que tal sentencia pueda tener para los Tribunales inferiores (sents. 24 de abril de 1970, 29 de abril de 1972) y que tampoco cabe fundamentar el recurso en sentencias de estos Tribunales (sents. 11 de junio de 1991, 28 de junio de 1994).

3º. Y ya en cuanto al fondo, que ninguno de los preceptos citados ha sido vulnerado por la sentencia de la Audiencia. A la doctrina que fluye de los preceptos que se citan de la Compilación catalana se ha atendido con rigor la Audiencia, incluso corrigiendo al demandante que basaba sus iniciales peticiones en el Derecho común. Lo que sucede y lo que contraría a la dicha parte es que la Audiencia, como se ha dicho, entiende que el valor de una de las fincas no ha de ser objeto de reducción en tanto propiedad de la demandada y esa es precisamente una cuestión de valoración de prueba y no de aplicación de normas de derecho sustantivo, normas, por otro lado, que sí ha aplicado el Tribunal de Apelación respecto al valor de la otra finca, que entiendo donada por el padre de los litigantes. En cualquier caso resulta significativo, al respecto, que la parte que invoca el motivo casacional no cita ni un solo precepto procesal de apreciación probatoria, con lo que difícilmente esta Sala puede llegar a sustituir el criterio del Tribunal de instancia.

Por todo cuanto antecede, también el segundo motivo ha de ser desestimado y con él todo el recurso.

< / s > < / p > < / d i v 3 >

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** -</hi>La no procedencia de ningún motivo casacional determina la imposición de costas al recurrente, de conformidad con la previsión contenida en el art. 1715.3 de la LEC. </s></p></div3>

<div3><p><s>Así pues</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que desestimamos el recurso de casación entablado por la Procuradora doña Roser Castelló Lasauca, en nombre y representación de don José Luis y doña Encarnación Cubas Marín contra la sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 20 de marzo de 1997, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso. Notifíquese y publíquese la presente resolución con arreglo a derecho y devuélvase, junto con testimonio de la misma, las actuaciones y Rollo recibidos al Tribunal de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 24 DE NOVEMBRE DE 1997**</head>
<head type=sub rend="bo">A) *Text original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Taxació de costes: impugnació de la minuta d'honoraris del lletrat per indeguts.- Minuta d'honoraris del lletrat: procedència dels conceptes que es reclamen abans de que la part condemnada en costes hagués pagat o consignat el seu import i dels conceptes que es reclamen com a conseqüència de l'actitud dilatòria de la part condemnada en costes que originen noves despeses a càrrec seu.**</head>

VIST per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels Magistrats citats al marge, el present incident que dimana del rotllo 12/95, procés civil de cassació que es va interposar contra la Sentència dictada per la Secció 11a amb data 31 de gener de 1995, en el rotllo d'apel·lació 1009/93, a instància de la Sra. Àngela Benabarre Ariño i altres contra el Sr. Joaquim Godori Moragas, incident substanciat amb peça separada, sobre impugnació de costes posteriors per indegudes.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> En les actuacions principals del rotllo del recurs de cassació es va practicar taxació de costes posteriors, on el recurrent va ser condemnat al seu pagament, i sotmesa la taxació a les parts, la representació del citat recurrent va impugnar l'esmentada taxació per haver-se inclòs a la mateixa partides que considerava com a indegudes. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Formada aquesta peça per substanciar l'incident promogut, es va donar trasllat a la part contrària perquè contentés sobre la qüestió incidental, la qual cosa va realitzar oportunament, acabant per demanar a la Sala que es considerés evacuat el tràmit de contestació i que es dictés Sentència per la qual es desestimés la pretensió incidental plantejada. Per provisió de data de 10 de novembre actual, es va tenir per evacuat el tràmit conferit i en no haver-se sol·licitat per cap de les parts litigants, no es va rebre l'incident a prova i d'acord amb allò que disposa l'article 758 de la Llei d'enjudiciament civil, es van passar les actuacions al Magistrat Ponent per a que dictés Sentència. </s></p></div3>

<div3><p><s>N'ha estat Ponent l'Il·m. Sr. Lluís Puig i Ferriol. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** </hi> A l'hora de resoldre aquest incident sobre taxació de costes, que ha plantejat el Procurador dels Tribunals Sr. Angel Montero i Brusell, que actua en nom i representació dels Srs. Àngeles, César i Josep Benabarre Ariño, hem de precisar que en aquesta resolució, es decideix únicament les qüestions que fan referència a la impugnació d'honoraris i drets per indeguts, sens perjudici que després s'obri a tràmit el que s'escau per tal d'examinar la qüestió referent a la impugnació d'honoraris per excessius. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** </hi> Pel que fa referència a la minuta d'honoraris que ha presentat el lletrat Sr. Manuel Maynés en la via de constrenyiment, el primer concepte que minuta és un escrit de data 6 de novembre de 1996 que té per finalitat fer oposició a la pretensió de la part adversa sobre suspensió d'una resolució dictada per aquesta Sala en base al fet d'haver interposat un recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional i promovent a la vegada, la via de constrenyiment en reclamació de l'import de les costes del recurs de cassació taxades i aprovades. Com resulta del mateix escrit que ha presentat la part que impugna la taxació de costes per indegudes, aquest escrit de data 6 de novembre de 1996, es va presentar abans de que la part condemnada a pagar les costes, hagués pagat o hagués consignat el seu import i, per consegüent, la seva inclusió a la taxació de costes és correcta, sens perjudici que en un tràmit posterior es pugui impugnar aquest concepte per creure excessiu el seu import. </s></p></div3>

Tercer. Pel que fa als escrits que va presentar el lletrat Sr., Manuel Maynés en dates 13 de desembre de 1996, 28 de gener, 13 de febrer i 23 de maig de 1997 en la via de constrenyiment esmentada, al·lega la part que impugna la taxació de costes la seva improcedència, ja que són escrits posteriors a la consignació que va fer la part condemnada a pagar les costes i al·lega, també, el fet que no existeix cap resolució judicial posterior als escrits de referència, que condemna a pagar els conceptes que d'aquests escrits s'esmenten. Aquest arguments són desestimables, ja que com estableix l'article 950, apartat primer de la Llei d'enjudiciament civil, les costes que s'originin a les diligències que es segueixen pel compliment de les executòries, seran a càrrec de la part condemnada en la sentència que s'ha d'executar. I cal precisar també que aquests escrits que s'inclouen a la minuta d'honoraris del lletrat, encara que són de data posterior a la consignació que va fer la part condemnada al pagament de les costes, són uns escrits que tenen el seu origen en l'actitud dilatòria de la part adversa, que amb aquesta actitud ha originat que s'originin noves despeses a càrrec seu en l'incident de la taxació de costes.

Quart. Pel que fa referència a l'impugnació de la nota de drets del procurador dels Tribunals Sr. Josep Castells i Vall per indeguts, s'ha de desestimar pels mateixos motius que s'al·leguen en relació amb la impugnació dels honoraris del lletrats per indeguts, que es donen aquí per reproduïts.

Cinquè. No s'aprecia temeritat i mala fe i per aquest motiu no es fa cap pronunciament especial en relació amb les costes que ha originat aquest incident.

DECIDIM

Que hem de desestimar i desestimem la demanda incidental que va formular la representació processal dels Srs. Àngela, César i Josep Benabarre i Ariño sobre impugnació pel concepte d'indeguts dels honoraris d'advocat i nota de drets del procurador dels tribunals esmentades. Es confirma la taxació de costes que s'han practicat, sens perjudici del que resulti de la decisió que en el seu moment s'adopti en el incident d'impugnació pel concepte d'excessius, que s'ha de tramitar una vegada hagi esdevingut ferma aquesta resolució.

No es fa especial menció respecte les costes causades. Així per aquesta Sentència, ho pronunciem, ho manem i ho signem.

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1997**</head>
<head type=sub rend="bo">B) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">**Tasación de costas: impugnación de la minuta de honorarios del Letrado per indebidos.- Minuta de honorarios del Letrado: procedencia de las partidas que se reclaman antes de que la parte condenada al pago de las costas hubiese pagado o consignado su importe y de las partidas que se reclaman como consecuencia de la actitud dilatoria de la parte condenada en costas que originan nuevos gastos a su cargo.** </head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente incidente dimanante del rollo 12/95, proceso civil de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección 11ª con fecha 32 de enero de 1995, en el rollo de apelación 1009/93, a instancia de Dª Angela Benabarre Ariño y otros contra D. Joaquim Godori Moragas, incidente sustanciado en pieza separada, sobre impugnación de costas posteriores por indebidas.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>En los autos principales del rollo del recurso de casación se practicó tasación de costas posteriores, donde el recurrente fue condenado a su pago, y sometida la tasación a las partes, la representación del citado recurrente impugnó la expresada tasación por haberse incluido en la misma partidas que consideraba como indebidas. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi> Formada esta pieza para sustanciar el incidente promovido, se dio traslado a la contraria para que contestase sobre la cuestión incidental, como así efectuó, y acabó pidiendo a la Sala que se considerase evacuado el trámite de contestación y se dictase Sentencia desestimando la pretensión incidental planteada. Por providencia de fecha 10 de noviembre actual, se tuvo por evacuado el trámite conferido y al no haberse solicitado por ninguna de las partes litigantes, no se recibió el incidente a prueba y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 758 de la Ley de enjuiciamiento Civil, se pasaron los autos al Magistrado Ponente para que dictase Sentencia. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Lluís Puig i Ferriol</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>A la hora de resolver este incidente sobre tasación de costas, que ha planteado el Procurador de los Tribunales D. Angel Montero Brusell, actuando en nombre y representación de Dª Angeles, D. César y D. José Benabarre Ariño, tenemos que precisar que en esta resolución, se decide sólo las cuestiones que hacen referencia a la impugnación de honorarios y derechos por indebidos, sin perjuicio de que después se abra a trámite lo que proceda para examinar la cuestión referente a la impugnación de honorarios por excesivos. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi> Respecto de la minuta honorarios que ha presentado el letrado D. Manuel Maynés por la vía de apremio, el primer concepto que minuta es un escrito de fecha 6 de noviembre de 1996 que tiene por finalidad hacer oposición a la pretensión de la parte contraria sobre suspensión de una resolución dictada por esta Sala en base al hecho de haber interpuesto un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y promoviendo a la vez, la vía de apremio en reclamación del importe de las costas del recurso de casación tasadas y aprobadas. Como resulta del mismo escrito que ha presentado la parte que impugna la tasación de costas por indebidas, este escrito de fecha 6 de noviembre de 1996, se presentó antes de que la parte condenada a pagar las costas, hubiese pagado o hubiese consignado su importe y, por consiguiente, su inclusión en la tasación de costas es correcta, sin perjuicio de que en un trámite posterior se pueda impugnar este concepto por crear excesivo su importe. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>Respecto de los escritos presentados por el Letrado D. Manuel Maynés, en fecha 13 de diciembre de 1996, 28 de enero, 13 de febrero y 23 de mayo de 1997 por la vía de apremio expresada, alega la parte que impugna la tasación de costas su improcedencia, ya que son escritos posteriores a la consignación que hizo la parte condenada a pagar las costas y alega, también, el hecho de que no existe ninguna resolución judicial posterior a los escritos de referencia, que condena a pagar los conceptos que de estos escritos se citan.

Estos argumentos son desestimables, ya que como establece el artículo 950, apartado primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas que se originen en las diligencias seguidas para el cumplimiento de las ejecutorias, serán a cargo de la parte condenada en la sentencia que tiene que ejecutarse. Y cabe precisar también que estos escritos incluidos en la minuta de honorarios del letrado, aunque son de fecha posterior a la consignación que hizo la parte condenada al pago de las costas, son escritos que tienen su origen en la actitud dilatoria de la parte adversa, que con esta actitud ha originado que se produzcan nuevos gastos a su cargo en el incidente de la tasación de costas. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Respecto de la impugnación de la nota de derechos del procurador de los Tribunales D. Josep Castells Vall por indebidos, tiene que desestimarse por los mismos motivos alegados en relación con la impugnación de los honorarios de los letrados por indebidos, que se dan aquí por reproducidos. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>No se aprecia temeridad ni mala fe y por este motivo no se hace ningún pronunciamiento especial en relación con las costas que ha originado el presente incidente. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que debemos desestimar y desestimamos la demanda incidental formulada por la representació procesal de D^a Angela, D. César y D. Josep Benabarre Ariño sobre impugnación por el concepto de indebidos de los honorarios de abogado y nota de derechos del Procurador de los Tribunales expresados. Se confirma la tasación de costas practicada, sin perjuicio de lo que resulte del fallo que en su momento se adopte en el incidente de impugnación por el concepto de excesivos, que se tramitará una vez haya devenido firme la presente resolución.

Sin hacer especial mención respecto de las costas causadas.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<head type=sub rend="bo">**Principis que informen la llei catalana de filiacions.- Acció d'impugnació de la paternitat no matrimonial: legitimació activa del pare que va reconèixer el fill.- Diferències entre l'acció d'impugnació de la paternitat no matrimonial i l'acció d'impugnació del reconeixement.- Caducitat de l'acció d'impugnació de la paternitat no matrimonial.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha vist el present recurs extraordinari de cassació interposat pel Procurador Sr. Guillermo Lleó Bisa en representació del Sr. Salvador M. U. dirigit pel lletrat Sr. Lluís Mas Graells, contra la Sentència de 29 de setembre de 1996, dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona dimanant del judici declaratiu de menor quantia interposat pel Sr. Salvador M. U. contra la Sra. Maria Isabel F. C. en nom propi i en representació de la seva filla menor Judith, i contra el Ministeri Fiscal sobre impugnació de filiació davant el Jutjat de 1a Instància núm. 1 de Vilafranca del Penedès. No ha comparegut en aquest Tribunal la Sra. F. C.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Amb data 13 d'abril de 1993, el Sr. Salvador M. U. va formular davant l'indicat Jutjat de 1a Instància de Vilafranca del Penedès, demanda de judici declaratiu de menor quantia impugnant la seva paternitat respecte la menor JUDITH M. F. i demandant a la Sra. Maria Isabel F. C. en nom propi i com legal representant de la seva filla esmentada Judith M. F., interessant que fos citada la Sra. F. amb intervenció del Ministeri Públic i que, al seu dia, fos dictada Sentència per la qual:

"- Se declare que D. Salvador M.U.no es el padre natural biológico de Judith M. F, declarando nulo el reconocimiento efectuado por el actor en fecha 8 de abril de 1991.

"- Que de acuerdo con la legislación del Registro Civil se practique la rectificación correspondiente en el Registro Civil de Vilafranca del Penedés y en el Libro de Familia respecto a la inscripción de la menor Judith con la sustitución de sus apellidos M. F. por los que se le impusieron en el momento de su nacimiento e inscripción en el Registro Civil y que son F. C., e igualmente se inscriba la nulidad del reconocimiento formal realizado en fecha 8 de abril de 1991 por D. Salvador M. F. que consta en nota marginal.

"- Que las declaraciones de la sentencia sean sin perjuicio de la determinación y declaración positiva de la paternidad biológica de la menor Judith, con arreglo a las acciones que puedan ejercitar los interesados en tal acción y declaración.

"- Que se condene a la demandada a las costas causadas en este juicio en caso de que se opusiere temerariamente a la presente demanda." </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> El 3 d'octubre de 1994, el Jutjat de 1a Instància va dictar Sentència desestimant totalment la demanda i condemnant en costes al demandant per imposició preceptiva de l'art. 523 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> Apel·lada l'anterior resolució per la representació de l'agent, l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció 12a, va dictar Sentència el 29 de setembre de 1996 confirmant íntegrament l'apel·lada, amb imposició de costes al recurrent en aplicació del venciment objectiu de l'art. 710 de la Llei d'enjudiciament civil. </s></p>

</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** -</hi> Prèvia la corresponent preparació al Tribunal "a quo", la representació de l'agent va interposar davant aquesta Sala el present recurs de cassació que fonamenta en dos motius: En el 1r al·lega com infringits els arts. 3 i 13 de la Llei catalana de filiacions 7/91; i en el 2n, la Jurisprudència que esmenta; ambdós han estat encarrilats per la via del núm. 4rt de l'art. 1692 de la Llei processal civil. </s></p>

</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** -</hi> Admès el recurs, i no considerant la Sala necessària la celebració de la vista que havia demanat el recurrent, va assenyalar-se per a la seva votació i decisió el dia d'ahir, les quals varen tenir lloc.

<div3><p><s>És Ponent el Magistrat de la Sala II-Im. Sr. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ. </s></p>

</div3>
</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FONAMENTS DE DRET</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">Primer. -</hi> Com hem exposat en els anteriors antecedents de fet, l'agent, Sr. Salvador M. U., va formular la demanda iniciadora d'aquest plet demanant que es declari que no és el pare natural biològic de la nena Judith M. F., i que sigui declarat nul el reconeixement que ell va fer d'aquesta nena al Registre Civil de Vilafranca del Penedès i s'ordeni la seva rectificació en aquell Registre. </s></p>
</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">Segon. -</hi> La Sentència de l'Audiència ara objecte de cassació, expressa que: *"La acción ejercitada por el actor, erróneamente viene calificada como de impugnación de la paternidad matrimonial de una menor, cuando en la súplica de la demanda claramente se insta que se declare nulo el reconocimiento de paternidad efectuado por el actor en fecha 8 de Abril de 1.991 mediante expediente gubernativo nº 76/91 debidamente inscrito en el Registro Civil"*. </s></p>
</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">Tercer. -</hi> No resulta encertada aquesta primera apreciació de l'Audiència, ja que és palès que l'acció que la demanda exercita és la d'impugnació de la paternitat no matrimonial de l'actor respecte d'aquella nena. Ho constata la demanda tota i la seva primera petició, en la que demana que es declari que l'actor no és el pare natural biològic de Judith; i sols com conseqüència derivada, demana, després, que es declari nul el reconeixement de paternitat que d'aquella nena l'actor va fer. I és que, òbviamment, si es declara primer que l'actor no és el pare natural biològic de la criatura, la conseqüència immediata i obligada és que s'ha de declarar després la nul·litat del seu inveraç reconeixement de paternitat, tota vegada que la nul·litat del reconeixement inveraç és mera conseqüència de la declaració de no paternitat. Per tant, l'acció de la demanda és, manifestament, la d'impugnació de la filiació de l'article 13 de la Llei Catalana 7/1991, de 7 d'abril, de Filiacions (molt semblant a la de l'article 140 del Codi Civil) com ho diu també clarament el fonament de dret material primer de la demanda (foli 20).

En conseqüència, no és correcta aquesta primera apreciació de l'Audiència.

I la Sentència impugnada continua dient que l'esmentat art. 13 de la Llei Catalana de filiacions *"sólo otorga legitimación a todos los afectados entre los que cabe incluir a los progenitores biológicos, pero no a aquel que reconoció"*; al qual la dita Sentència sols li reconeix l'acció de l'art. 14 de la mateixa Llei per a destruir el reconeixement de la filiació que vagi atorgar; acció (segueix dient la Sentència) que sols li és possible exercitar en el cas que hagi existit error, violència o intimidació en el reconeixement i en el termini d'un any des del mateix; i com que en el cas, l'acció es presenta després de l'any del reconeixement i no s'ha al·legat ni provat que hi hagués hagut error, violència o intimidació en tal reconeixement, desestima l'apel·lació i confirma la Sentència de la 1a Instància que havia rebutjat la demanda; determinant, amb aquesta decisió, que el reconeixedor no progenitor segueixi apareixent com progenitor, perpetuant una flagrant irrealitat. </s></p>
</div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">Quart. -</hi> Com veurem de seguida, la precedent argumentació de l'Audiència no pot compartir-se, havent de senyalar-se abans de tot, que les premisses de fet que l'Audiència declara provades (directament o per acceptació de les declaracions de la primera instància) són que l'actor no és el pare biològic de la menor Judith, sinó que aquesta irreal paternitat li ve determinada pel reconeixement formal que ell va fer de la criatura al Registre Civil el 8 d'abril de 1991.

I hem d'afegir: que el 15 d'abril de 1993 l'actor va presentar la demanda d'aquest procés en la que, com diem, impugna la filiació de la nena Judith que ell inveraçment va reconèixer formalment com filla seva al Registre Civil en un gest de complaença vers la seva mare Maria Isabel F. C. tres mesos després d'haver-se casat amb ella quan la nena ja tenia 6 anys. </s></p>
</div3>

<div3 n=5><p><s><hi rend="bo">**Cinquè.** </hi> L'art. 13 de la Llei catalana de filiacions autoritza impugnar la filiació no matrimonial "*pels qui en resultin afectats*" sense més condició que el que figuri com pare, en la realitat no ho sigui; ja que per l'èxit d'aquesta acció l'únic decisiu és la dada objectiva de la realitat biològica, perquè es tracta d'adequar la filiació a aquesta realitat fent desaparèixer tota falsa i inexacta aparença contrària a la veritat, per molt formal que sigui l'aparença; perquè la llei no vol que ningú sigui tingut per fill d'un pare si de veritat no ho és, doncs com diu l'exposició de Motius de la Llei Catalana de Filiacions, és principi general informador de la matèria l'anomenat principi de veracitat o de adequació de la paternitat i de la maternitat jurídic-formal a la biològica; i quan l'art. 13 reconeix legitimació per a impugnar la filiació a tots "*els que en resultin afectats*", no fa cap excepció, i no exceptua de la seva aplicació al reconeixedor invertejat no progenitor (reconeixement de complaença), perquè, legalment, no pot reconèixer qui no és pare, ni ser reconegut qui no és fill, per la qual cosa el reconeixement fet en aquestes condicions d'invertejat, és ineficax i invàlid, amb nul·litat absoluta, i impugnable a l'empara d'aquest art. 13 que és el que en aquest cas cal aplicar, amb plena legitimació del reconeixedor no progenitor actor, contràriament al sostingut per la Sentència de l'Audiència i per la de 1a Instància.

En aquest sentit són de veure les sentències del Tribunal Suprem de 20 de gener de 1967 i 28 de març de 1994 (l'última amb molta semblança processal i material amb el nostre cas).

I com que l'acció d'impugnació de la filiació no matrimonial que contemplem ha estat formulada dins el termini dels quatre anys que per la caducitat d'aquesta acció estableix l'art. 13 tan esmentat, resulta palesa la pertinència d'estimar el 1r dels motius de cassació que, per la via adequada del núm. 4rt de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, denuncia infracció dels arts. 3.2 i 13 de la repetida Llei catalana de filiacions; essent igualment acollible el 2n motiu que, per la mateixa via processal, denuncia violació de la jurisprudència que invoca.

És procedent, per tant, estimar el present recurs per tots els seus motius, i dictar Sentència d'acord amb les postulacions de la demanda. </s></p>

</div3>

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** </hi> Quan a les costes de la primera i de la segona instància (arts. 523 i 710, respectivament, de la Llei d'enjudiciament civil), la Sala aprecia en aquest cas la concurrència de les circumstàncies excepcionals a que es refereixen aitals preceptes per a la seva no imposició a la demandada, donat que aquesta senyora en cap moment ha fet oposició a les justes peticions del Sr. M., ans el contrari, les ha facilitat amb la seva conducta processal, i, per tant, no mereix ser sancionada amb les costes de les instàncies; i respecte a les d'aquest recurs, s'estarà al que disposa l'art. 1715,2 de la Llei processal civil.

Quan al dipòsit, es retornarà a la part recurrent, d'acord amb les previsions de la Llei. </s></p>

</div3>

<div3><p><s>Per tot l'anterior, en nom del Rei i per l'autoritat que li atorga la Constitució, </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PART DISPOSITIVA**</head>

LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA, HA DECIDIT:

Estimar el recurs de cassació interposat per Sr. Salvador M. U. contra la Sentència de 29 de setembre de 1996 dictada per la Secció 12a de l'Audiència Provincial de Barcelona en el recurs d'apel·lació interposat pel Sr. M. U. contra la Sentència de 3 d'octubre de 1994 pronunciada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 dels de Vilafranca del Penedès en el judici ordinari de menor quantia interposat per l'esmentat Sr. M.U. i contra la Sra. Maria Isabel F. C. en nom propi i com legal representant de la seva filla menor Judith sobre impugnació de la filiació no matrimonial de la nena Judith M. F.; anul·lem la Sentència de la Audiència i també la dictada en la primera Instància, i en el lloc d'ambdues, amb total estimació de la demanda inicial del procés, declarem:

1r.- Que el Sr. Salvador M. U., no és el pare biològic de Judith M. F., i, com conseqüència, declarem nul el reconeixement que el mateix va fer d'aquesta criatura el 8 d'abril de 1991 al Registre Civil de Vilafranca del Penedès.

2n.- Que ha de practicar-se la rectificació corresponent a l'indicat Registre Civil i al Llibre de Família respecte la inscripció de la menor Judith; seran substituïts els seus cognoms "M. F." pels que li varen ser imposats al seu naixement i a la seva inscripció inicial al Registre Civil, divent anul·lar-se de la inscripció el reconeixement que va realitzar de la referida criatura el 8 d'abril de 1991 el Sr. M. U.

Els anteriors pronunciaments resten fets sense perjudici de la determinació i declaració positiva de la paternitat biològica de la menor Judith.

3r.- No s'imposen les costes de cap de les instàncies a la demandada, ni tampoc les del present recurs.

Es retornarà al recurrent el dipòsit que va constituir per a formalitzar la cassació.

Així ho acordem, ho manem i ho signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Salvador M U / Mª Isabel F C</head>

<head type=sub rend="bo">B) Traducción

</head>

<head type=sub rend="bo">**Principios que informan la ley catalana de filiaciones.- Acción de impugnación de la paternidad no matrimonial: legitimación activa del padre que reconoció al hijo.- Diferencias entre la acción de impugnación de la paternidad no matrimonial y la acción de impugnación del reconocimiento.- Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad no matrimonial.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el presente recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador D. Guillermo Lleó Bisa en representación de D. Salvador M. U. dirigido por el Letrado D. Lluís Mas Graells, contra la Sentencia de 29 de septiembre de 1996, dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dimanante del juicio declarativo de menor cuantía interpuesto por D. Salvador M. U. contra Dª Maria Isabel F. C. en nombre propio y en representación de su hija menor Judith, y contra el Ministerio Fiscal sobre impugnación de filiación ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vilafranca del Penedès. No ha comparecido en este Tribunal la Sra. F. C

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Con fecha 13 de abril de 1993, D. Salvador M. U. formuló ante el indicado Juzgado de 1ª Instancia de Vilafranca del Penedès, demanda de juicio declarativo de menor cuantía impugnando su paternidad respecto de la menor JUDITH M. F. y demandando a Dª María Isabel F. C. en nombre propio y como legal representante de su hija expresada Judith M. F., interesando que fuese citada la -Sra. F. con la intervención del Ministerio Público y que, en su día, fuese dictada Sentencia por la cual:

“ Se declar que D. Salvador M. U. no es el padre natural biológico de Judith M. F., declarando nulo el reconocimiento efectuado por el actor en fecha 8 de abril de 1991.

“ Que de acuerdo con la legislación del Registro Civil se practique la rectificación correspondiente en el Registro Civil de Vilafranca del Penedès y en el Libro de Familia respecto a la inscripción de la menor Judith con la sustitución de sus apellidos M. F. por los que se le impusieron en el momento de su nacimiento e inscripción en el Registro Civil y que son Ferrer Cárceles, e igualmente se inscriba la nulidad del reconocimiento formal realizado en fecha 8 de abril de 1991 por D. Salvador M. F. que consta en nota marginal.

“ Que las declaraciones de la sentencia sean sin perjuicio de la determinación y declaración positiva de la paternidad biológica de la menor Judith, con arreglo a las acciones que puedan ejercitar los interesados en tal acción y declaración.

“ Que se condene a la demandada a las costas causadas en este juicio en caso de que se opusiere temerariamente a la presente demanda” </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>El 3 de octubre de 1994, el Juzgado de 1ª Instancia dictó Sentencia desestimando totalmente la demanda y condenando en costas al demandante por imposición preceptiva del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi> Apelada la anterior resolución por la representación de la actora, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª dictó Sentencia el 29 de septiembre confirmando íntegramente la apelada, con imposición de costas al recurrente en aplicación del vencimiento objetivo del art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Previo la correspondiente preparación en el Tribunal “a quo”, la representación de la actora interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación que fundamenta en dos motivos: en el 1º alega como infringidos los arts. 3 y 13 de la Ley catalana de filiaciones 7/91; y en el 2º la Jurisprudencia que cita; ambos han sido encarrilados por la vía del nº 4º del art. 1692 de la Ley procesal civil. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi> Admitido el recurso, y no considerando la Sala necesaria la celebración de la vista que había pedido el recurrente, se señaló para su votación y fallo el día de ayer, como así se celebró. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sala, D. ANTONI BRUGUERA I MANTÉ</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS DE DERECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Como hemos expuesto en los anteriores antecedentes de hecho, la actora, D. Salvador M. U., formuló la demanda iniciadora de este pleito pidiendo que se declare que no es el padre natural biológico de la niña Judith M. F., y que sea declarado nulo el reconocimiento que él hizo de esta niña en el Registro Civil de Vilafranca del Penedès ordenando la rectificación en aquél Registro. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>La Sentencia de la Audiencia ahora objeto de casación, expresa que: "La acción ejercitada por el actor, erróneamente viene calificada como de impugnación de la paternidad matrimonial de una menor, cuando en la súplica de la demanda claramente se insta que se declare nulo el reconocimiento de la paternidad efectuado por el actor en fecha 8 de abril de 1991 mediante expediente gubernativo nº 76/91 debidamente inscrito en el Registro Civil". </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>No resulta acertada esta primera apreciación de la Audiencia, ya que es evidente que la acción que en la demanda ejercita es la de impugnación de la paternidad no matrimonial del actor respecto de aquella niña. Lo constata la demanda toda y su primera petición, en la que pide se declare que el actor no es el padre natural biológico de Judith; y sólo como consecuencia derivada, pide, después, que se declare nulo el reconocimiento de paternidad que de aquella niña hizo el actor. Y es que, obviamente, si se declara primero que el actor no es el padre natural biológico de la criatura, la consecuencia inmediata y obligada es que se tiene que declarar después la nulidad de su inveraz reconocimiento de paternidad, puesto que la nulidad del reconocimiento inveraz es mera consecuencia de la declaración de no paternidad. Por tanto, la acción de la demanda es, manifiestamente, la de impugnación de la filiación del artículo 13 de la Ley Catalana 7/1991, de 7 de abril, de Filiaciones, (muy parecida a la del artículo 140 del Código Civil) como lo dice también claramente el fundamento de derecho material primero de la demanda (folio 20).

En consecuencia, no es correcta esta primera apreciación de la Audiencia.

Y la Sentencia impugnada continúa diciendo que el expresado art. 13 de la Ley Catalana de filiaciones "sólo otorga legitimación a todos los afectados entre los que cabe incluir a los progenitores biológicos, pero no a aquél que reconoció"; al cual dicha Sentencia solo le reconoce la acción del art. 14 de la misma Ley para destruir el reconocimiento de la filiación que otorgó; acción (sigue diciendo la Sentencia) que sólo le es posible ejercitar en el caso de que haya existido error, violencia o intimidación en el reconocimiento y en el plazo de un año desde el mismo; y como en el caso, la acción se presenta después del año del reconocimiento y no se ha alegado ni probado que hubiese habido error, violencia o intimidación en tal reconocimiento, desestima la apelación y confirma la Sentencia de la 1ª Instancia que había rechazado la demanda; determinando, con este fallo, que el reconocedor no progenitor siga apareciendo como progenitor, perpetuando una flagrante irrealidad. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** - </hi>Como veremos enseguida, la precedente argumentación de la audiencia no puede compartirse, teniendo que señalarse antes de todo, que las premisas de hecho que la Audiencia declara probadas (directamente o por aceptación de las declaraciones de la primera instancia) son que el actor no es el padre biológico de la menor Judith, sino que esta irreal paternidad le viene determinada por el reconocimiento formal que él hizo de la criatura en el Registro Civil el 8 de abril de 1991.

Y tenemos que añadir que el 15 de abril de 1993 el actor presentó la demanda de este proceso en la que, como decimos, impugna la filiación de la niña Judith que él inverazmente reconoció formalmente como hija suya en el Registro Civil en un gesto de complacencia hacia su madre María Isabel F. C. tres meses después de haberse casado con ella cuando la niña ya tenía 6 años. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** - </hi>El art. 13 de la Ley catalana de filiaciones autoriza a impugnar la filiación no matrimonial "para los que resulten afectados" sin más condición que el que figure como padre, en la realidad no lo sea; ya que para el éxito de esta acción lo único decisivo es el dato objetivo de la realidad biológica, porque se trata de adecuar la filiación a esta realidad haciendo desaparecer toda falsa e inexacta apariencia contraria a la verdad, por muy formal que sea la apariencia; porque la ley no quiere que nadie sea tenido por hijo de un padre si de verdad no lo es, puesto que como dice la Exposición de Motivos de la Ley Catalana de filiaciones, es principio general informador de la materia el llamado principio de veracidad o de adecuación de la paternidad y de la maternidad jurídico-formal a la biológica; y cuando el art. 13 reconoce legitimación para impugnar la filiación a todos "los que resulten afectados", no hace ninguna excepción, y no exceptúa de su aplicación al reconocedor inveraz no progenitor (reconocimiento de complacencia), porque, legalmente, no puede reconocer quien no es padre, ni ser reconocido quien no es hijo, por lo cual el reconocimiento hecho en estas condiciones de inveracidad, es ineficaz e inválido, con nulidad absoluta, e impugnabile al amparo de este art. 13 que es el que en este caso hay que aplicar, con plena legitimación del reconocedor no progenitor actor, contrariamente a lo sostenido por la Sentencia de la Audiencia y por la de 1ª Instancia.

En este sentido hay que ver las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1967 y 28 de marzo de 1994 (la última con mucho parecido procesal y material con nuestro caso).

Y como la acción de impugnación de la filiación no matrimonial que contemplan ha sido formulada dentro del plazo de los cuatro años que por la caducidad de esta acción establece el art. 13 tan citado, resulta evidente la pertinencia de estimar el 1º de los motivos de casación que, por la vía adecuada del nº 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción de los art. 3.2 y 13 de la repetida Ley catalana de filiaciones; siendo igualmente acogible el 2º motivo que, por la misma vía procesal, denuncia violación de la jurisprudencia que invoca.

Procede, por tanto, estimar el presente recurso por todos sus motivos, y dictar Sentencia de acuerdo con los postulados de la demanda. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** - </hi>Respecto de ls costas de la primera y de la segunda instancia (art. 523 y 710, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la Sala aprecia en ese caso la concurrencia de las circunstancias especiales a que se refieren tales preceptos para su no imposición a la demandada, puesto que esta señora en ningún momento ha hecho oposición a las justas peticiones del Sr. M., sino al contrario, las ha facilitado con su conducta procesal, y, por tanto, no merece ser sancionada con las costas de las instancias; y respecto de las costas de este recurso, se estará a lo dispuesto en el art. 1715,2 de la Ley Procesal Civil.

En cuanto al depósito, se devolverá a la parte recurrente, de acuerdo con las previsiones de la Ley. </s></p></div3>

<div3><p><s>Por todo lo anterior, en nombre del Rey y por la autoridad que nos otorga la Constitución, </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**PARTE DISPOSITIVA**</head>

LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, HA FALLADO:

Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Salvador M. U. contra la Sentencia de 29 de septiembre de 1996 dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación interpuesto por el sr. M. U. contra la Sentencia de 3 de octubre de 1994 pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Vilafranca del Penedès en el juicio ordinario de menor cuantía interpuesto por el expresado Sr. M. U. contra Dª María Isabel F. C. en nombre propio y como legal representante de su hija menor Judith sobre impugnación de la filiación no matrimonial de la niña Judith M. F., anulamos la Sentencia de la Audiencia y también la dictada en la primera instancia, y en lugar de ambas, con total estimación de la demanda inicial del pleito, declaramos:

1º.- Que D. Salvador M. U., no es el padre biológico de Judith M. F., y, como consecuencia declaramos nulo el reconocimiento que el mismo hizo de esta criatura el 8 de abril de 1991 en el Registro Civil de Vilafranca del Penedès.

2.- Que tiene que practicarse la rectificación correspondiente al indicado Registro Civil en el Libro de Familia respecto de la inscripción de la menor Judith; serán sustituidos sus apellidos "M. F." por los que le fueron impuestos en su nacimiento y en su inscripción inicial en el Registro Civil, debiendo anularse de la inscripción el reconocimiento que realizó de la referida criatura el 8 de abril de 1991 el Sr. M. U.

Los anteriores pronunciamientos quedan hechos sin perjuicio de la determinación y declaración positiva de la paternidad biológica de la menor Judith.

3º.- No se imponen las costas de ninguna de las instancias a la demandada ni tampoco las del presente recurso.

Devuélvase al recurrente el depósito que constituyó para formalizar la casación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 17 DE DESEMBRE DE 1997**</head>
<head type=sub rend="bo">A) *Text original*</head>

<head type=sub rend="bo">**Taxació de costes: improcedència d'al·legar els requisits de la legislació fiscal amb referència a la minuta d'honoraris del lletrat i nota de drets del procurador dels tribunals i procedència de la inclusió de les quantitats que es deriven de l'impost sobre el valor afegit.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya integrada pels Magistrats esmentats al marge, ha vist el present incident promogut per la Sra. Montserrat Estrada Virgili, representada pel Procurador Sr. Antonio Ma. Anzizu Furest i defensada pel Lletrat Sr. Juli de Miquel Berenguer contra la Sra. Ma. Teresa Estrada Virgili, representada pel Procurador Sr. Narcís Ranera Cahís i defensada pel Lletrat Sr. Domènec Forns Casacuberta, sobre impugnació per indeguts d'honoraris compresos en la taxació de costes practicada en les actuacions principals de les que dimana la present peça separada.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.**</hi> En les actuacions principals del Rotlle del Recurs de Cassació es va practicar la taxació de costes causades, en ésser condemnada la part recurrent al seu pagament, impugnant-se aital taxació per aquesta darrera en considerar que en les minuts d'honoraris d'Advocat i drets de Procurador de la contrapart s'havien inclòs sengles partides, referides a l'impost per IVA, que es qualifiquen de indegudes.</s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.**</hi> Formada aquesta peça separada per a substanciar l'incident promogut, es va donar trasllat a la part contrària perquè contestés sobre la qüestió incidental en un termini de sis dies, la qual cosa va realitzar oportunament.

No havent-se demanat per cap d'ambdues parts la rebuda de l'incident a prova ni tampoc la celebració de vista, s'acordà que quedessin sobre la taula les actuacions per a sentència.</s></p></div3>

<div3><p><s>Ha estat ponent l'Ill-lm. Magistrat Sr. Ponç Feliu Llansa.</s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS JURIDICS**

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.**</hi> Al·lega la representació de la Sra. Montserrat Estrada Virgili, promotora de la present qüestió incidental, que les minuts d'honoraris d'Advocat i drets de Procurador lliurades per la representació de la Sra. María Teresa Estrada Virgili conté sengles conceptes indeguts representats per la inclusió en la taxació de costes de l'import de l'Impost sobre el Valor Afegit (IVA), argumentant-se, en síntesi, que "ni el letrado ni el Procurador que minutan no han prestado ningún servicio profesional a mi principal. No se puede obligar a Dña. Montserrat Estrada Virgili a satisfacer un impuesto por trabajos realizados por el Letrado y Procurador minutante a una tercera persona a la que sí prestaron los servicios profesionales", adduint-se que el conceptes impugnats corresponen a un impost que ha de suportar exclusivament el client contractant (en el cas, la part demandada en el plet principal), per ser només ella el subjecte passiu de l'esmentat impost en funció de la relació contractual origen del serveis professionals prestats pel seu advocat i procurador i afegint-se que d'acord amb els articles 75 i 88 de la Llei reguladora de l'IVA són els professionals que han prestat els serveis als seus clients els que queden obligats a satisfer l'IVA i els que han de repercutir el seu import sobre els prestataris dels serveis. També s'al·lega que, arribat el cas, les quantitats satisfetes en concepte d'IVA podrien ser deduïbles pels subjectes que hagin suportat aquesta repercussió tributària, per la qual cosa és necessària la tenència del document justificatiu, que es diu que no és altra que la factura corresponent, demanant, en definitiva, que es dicti l'oportuna Resolució estimatòria de la present impugnació, i que, en conseqüència, s'elimini el concepte d'IVA de les dues liquidacions presentades.</s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> La pretensió ha de decaure perquè, abstracció feta de que aquesta Sala ja digué amb caràcter general (por exemple, sentència núm. 12/96, de 1 d'Abril) que les qüestions que pertocquen "a la legislació fiscal no tenen transcendència en el tràmit de taxació de costes, sens perjudici de les conseqüències que puguin tenir en altres aspectes, que ara i aquí no es prejutgen", la problemàtica plantejada ha estat ja ventilada pel T.S. que, reiteradament, ha assenyalat la improcedència d'excloure de la taxació de costes els conceptes esmentats, afirmant, por exemple, la sentència de l'Alt Tribunal de 9 de Maig de 1995 que "...No puede desconocerse que el Abogado, en cuanto prestador del servicio, es el sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), y, por tanto, el obligado directo al pago del mismo a la Hacienda Pública (art. 84, 1º de la Ley reguladora de dicho Impuesto de 29 de Diciembre de 1992), teniendo derecho (configurado legalmente como deber) de repercutir el importe del expresado impuesto contra el receptor del correspondiente servicio profesional (art. 88 de la citada Ley), y, en el supuesto de condena en costas, es indudable que dicha repercusión puede hacerse en último término, contra el obligado al pago de tales costas, tanto si el impuesto ya lo satisfizo la parte vencedora a su Letrado, en cuyo caso éste tendrá que devolverle su importe, como si no lo hubiere hecho efectivo, en cuyo supuesto el letrado minutante, con el pago que haga el condenado en costas, se reintegrará de su importe, que él ya habrá abonado o deberá abonar a la Hacienda Pública en cuanto sujeto pasivo de dicho impuesto, por lo que ha de concluirse que, en todo caso, el condenado al pago de las costas ha de soportar la repercusión del expresado impuesto de IVA, como ya tiene reconocido esta Sala en sentencias de 24 de Marzo de 1987 y 23 de Marzo de 1994, entre otras". Tan clara jurisprudència mena, doncs, sense necessitat de cap més consideració, ha de desestimar la present impugnació, respecte a la qual, en no apreciar-se temeritat, no s'esdevé procedent la imposició de les costes d'aquest incident. </s></p></div3>

<div3><p><s>VISTES les disposicions legals esmentades i altres que siguin d'aplicació al cas. </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que DESESTIMEM la impugnació pel concepte d'indeguts que ha formulat el Procurador dels Tribunals Sr. Antonio M^a de Anzizu Furest, en la representació que ostenta de la Sra. Montserrat Estrada Virgili, en la taxació de costes practicada en les actuacions principals respecte als conceptes d'IVA de les minuts d'honoraris i drets dels Advocats i Procuradors de la Sra. M^a Teresa Estrada Virgili, no fent-se especial menció respecte a les costes que s'han originat en aquest incident.

Contra aquesta sentència hi cap recurs de súplica davant aquesta mateixa Sala dins el termini de cinc dies. Aquesta és la nostra sentència, que pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997**</head>
<head type=sub rend="bo">B) Traducción </head>

<head type=sub rend="bo">**Tasación de costas: improcedencia de alegar los requisitos de la legislación fiscal con referencia a la minuta de honorarios del Letrado y nota de derechos del Procurador de los Tribunales y procedencia de la inclusión de las cantidades que se derivan del impuesto sobre el valor añadido.**</head>

Visto por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente incidente promovido por D^a Montserrat Estrada Virgili, representada por el Procurador D. Antonio M^a Anzizu Furest y defendida por el Letrado D. Juli de Miquel Berenguer contra D^a. M^a Teresa Estrada Virgili, representada por el Procurador D. Narcís Ranera Cahís y defendida por el Letrado D. Domènec Forn Casacuberta, sobre impugnación por indebidos honorarios comprendidos en la tasación de costas practicada en los autos principales de los que dimana la presente pieza separada.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>En los autos principales del Rollo del Recurso de Casación se practicó la tasación de costas causadas, al ser condenada la recurrente a su pago, impugnándose tal tasación por esta última al considerar que en las minutas de honorarios de Abogado y derechos de Procurador de la contraparte se habían incluido ambas partidas, referidas al impuesto por IVA, que se califican de indebidas. </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Formada la presente pieza para sustanciar el incidente promovido, se dio traslado a la contraria para que contestase sobre la cuestión incidental en un plazo de seis días, lo que realizó oportunamente.

No habiéndose solicitado por ninguna de ambas partes el recibimiento del incidente a prueba ni tampoco la celebración de vista, se acordó quedasen los autos sobre la mesa para sentencia. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ponç Feliu Llansá. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi> Alega la representación de D^a. Montserrat Estrada Virgili, promotora de la presente cuestión incidental, que las minutas de honorarios de Abogado y derechos de Procurador entregadas por la representación de D^a. María Teresa Estrada Virgili contiene ambos conceptos indebidos representados por la inclusión en la tasación de costas del importe del Impuesto Sobre el Valor Añadido (IVA), argumentándose, en síntesis, que “ni el letrado ni el Procurador que minutan no han prestado ningún servicio profesional a mi principal. No se puede obligar a D^a. Montserrat Estrada Virgili a satisfacer un impuesto por trabajos realizados por el Letrado y Procurador minutante a una tercera persona a la que sí prestaron los servicios profesionales”, aduciéndose que los conceptos impugnados corresponden a un impuesto que tiene que soportar exclusivamente el cliente contratante (en el caso, la parte demandada en el pleito principal), por ser sólo ella el sujeto pasivo del expresado impuesto en función de la relación contractual origen de los servicios profesionales prestados por su abogado y procurador y añadiéndose que de acuerdo con los artículos 75 y 88 de la Ley reguladora del IVA son los profesionales que han prestado los servicios a sus clientes los que quedan obligados a satisfacer el IVA y los que tienen que repercutir su importe sobre los prestatarios de los servicios. También se alega que, llegado el caso, las cantidades satisfechas en concepto de IVA podrían ser deducibles por los sujetos que hayan soportado esta repercusión tributaria, para lo cual es necesario la tenencia del documento justificativo, que se dice que no es otra que la factura correspondiente, pidiendo, en definitiva, se dicte la oportuna Resolución estimatoria de la presente impugnación, y que, en consecuencia, se elimine el concepto de IVA de las dos liquidaciones presentadas. </s></p></div3>

<div3 n=2>

Segundo. - La pretensión debe decaer porque, abstracción hecha de que esta Sala ya dijo con carácter general (por ejemplo, sentencia 12/96, de 1 de abril) que las cuestiones correspondientes “a la legislación fiscal no tienen trascendencia en el trámite de tasación de costas, sin perjuicio de las consecuencias que puedan tener en otros aspectos, que ahora y aquí no se prejuzgan”, la problemática planteada ha estado ya ventilada por el T.S. que, repetidamente, ha señalado la improcedencia de excluir de la tasación de costas los conceptos expresados, afirmando, por ejemplo, la sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 1995 que “... No puede desconocerse que el Abogado, en cuanto prestador del servicio, es el sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor añadido (IVA), y, por tanto, el obligado directo al pago del mismo a la Hacienda Pública (art. 84, 1º de la Ley Reguladora de dicho impuesto de 29 de Diciembre de 1992), teniendo derecho (configurado legalmente como deber) de repercutir el importe del expresado impuesto contra el receptor del correspondiente servicio profesional (art. 88 de la citada Ley), y, en el supuesto de condena en costas, es indudable que dicha repercusión puede hacerse en último término, contra al obligado al pago de tales costas, tanto si el impuesto ya lo satisfizo la parte vencedora a su letrado, en cuyo caso éste tendrá que devolverle su importe, como si no lo hubiere hecho efectivo, en cuyo supuesto el letrado minutante, con el pago que haga el condenado en costas, se reintegrará de su importe, que él ha habrá abonado o deberá abonar a la Hacienda Pública en cuanto sujeto pasivo de dicho impuesto, por lo que ha de concluirse que, en todo caso, el condenado al pago de las costas ha de soportar la repercusión del expresado impuesto de IVA, como ya tiene reconocido esta Sala en sentencias de 24 de Marzo de 1987 y 23 de marzo de 1994, entre otras”.

Tan clara jurisprudencia tipo, pues, sin necesidad de ninguna consideración más, tiene que desestimar la presente impugnación, respecto de la cual, al no apreciarse temeridad, no deviene procedente la imposición de las costas de este incidente.

VISTAS las disposiciones legales citadas y resto de normativa legal aplicable al caso

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS la impugnación por el concepto de indebidas que ha formulado el Procurador de los Tribunales D. Antonio Mª de Anzizu Forest, en la representación que ostenta de Dª. Montserrat Estrada Virgili, en la tasación de costas practicada en los autos principales respecto de los conceptos de IVA de las minutas de honorarios y derechos de los Abogados y Procuradores de Dª Mª Teresa Estrada Virgili, sin hacer especial mención respecto de las costas originadas en este incidente.

Contra la presente sentencia cabe recurso de súplica ante esta misma Sala en el plazo de cinco días.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 18 DE DESEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">*Jaime Español Turmo y otro / Sergio-Juan Canamasas Español*</head>
 <head type=sub rend="bo">*B) Traducció*</head>

<head type=sub rend="bo">**Irretroactivitat del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya.- Testament: interpretació.- Llegat d'usdefruit universal: obligació del legatari de fiançar. - Tradició jurídica catalana.- Actes propis.- Bona fe.- Abús de dret.- Congruència.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, integrada pels magistrats que més amunt s'esmenten, ha vist el recurs de cassació interposat contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, com a conseqüència de les actuacions de judici declaratiu de menor quantia que es diran, sobre acció de lliurement de llegat d'usdefruit testamentari català. El recurs el van interposar els demandants de les actuacions esmentades, Sr. Jaime Español Turmo i la seva esposa Sra. Dolores Fumanal Noguero, representats pel procurador Sr. Antonio M. de Anzizu Furest i defensats pel lletrat Sr. Jorge Español Fumanal, la part contra la qual es recorre és el menor d'edat Sr. Sergio-Juan Canamasas Español, representat pel Ministeri Fiscal com a defensor judicial.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**FETS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> Davant del Jutjat de Primera Instància núm. 49 de Barcelona es van seguir les actuacions de judici declatiu de menor quantia núm. 309/94, a instàncies del Sr. Jaime Español Turmo i la Sra. M. Dolores Fumanal Noguero contra el Sr. Sergio-Juan Canamasas Español, menor d'edat, en la persona del seu representant legítim, Sr. Aniceto Canamasas Puigbó o, si s'escau, contra el defensor judicial del menor esmentat.

Pels actors esmentats es va formular una demanda conforme amb les prescripcions legals en la qual, un cop feta l'al·legació de fets i fonaments de dret que estimaven convenients, sol·licitaven que el seu dia es dictés una sentència en què s'estimés la demanda i en què es condemnés la part demandada a entregar la possessió en la forma legal de tots els béns relictos de la Sra. Ana M. Español Fumanal als actors, un cop feta la confecció judicial de l'inventari i sense prestar caució per eximir-los-en l'art. 492 del Codi civil, més els interessos legals i les costes que se'n derivessin a les quals hauria de ser condemnada, mitjançant els altres sis van fer la resta de manifestacions que van considerar oportunes i el nomenament de l'administrador judicial.

La demanda va ser admesa a tràmit i va comparèixer a les actuacions el demandat, el menor Sergio-Juan Canamasas Español, representat pel seu pare, el Sr. Aniceto Canamasas Puigbó, que la va contestar al·legant com a fets i fonaments de dret els que va estimar oportuns i que va demanar al Jutjat que dictés el seu dia una sentència en què es desestimés íntegrament la demanda formulada de contrari i en què s'absolgués íntegrament el demandant amb expressa imposició de les costes als actors, mitjançant els altres sis va fer les manifestacions que va considerar oportunes i va oposar-se a l'adopció de mesures cautelars que havia demanat la part contrària.

El judici va seguir els seu tràmit i el Jutjat va dictar sentència amb data 6 de juliol de 1995, la part dispositiva de la qual és: "FALLO: Que estimando íntegramente el escrito inicial de la demanda presentado por el procurador Antonio M^a de Anzizu Furest en nombre y representación de Jaime Español Turmo y M^a Dolores Fumanal Noguero, debo condenar y condeno a que entregue la posesión en legal forma de todos los bienes relictos de la herencia de Doña ANA MARIA ESPAÑOL FUMANAL a la parte actora, previa confección judicial del inventario, y sin prestar caución con imposición de costas a la parte demandada". </s></p>

</div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Contra la sentència esmentada es va interposar un recurs d'apel·lació que va ser admès, se'n va substanciar l'alçada i la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, va dictar una sentència amb data 13 de desembre de 1996, la part dispositiva de la qual és: "FALLO: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Francesc Xavier Espadaler contra la sentencia de 6 de Julio de 1995 del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de esta ciudad que revocamos en el único extremo de desestimar la pretensión de la actora de ser liberada del deber de prestar caución, confirmando la resolución recurrida en los restantes extremos y sin hacer expresa condena en las costas devengadas en la presente alzada". </s></p>

</div3>

<div3 n=3><p><s><hi rend="bo">**Tercer.** -</hi> El procurador Sr. Antonio M. De Anzizu Furest, en representació del Sr. Jaime Español Turmo i la Sra. Dolores Fumanal Noguero, que prèviament havia preparat recurs de cassació contra la sentència d'apel·lació esmentada, el va interposar davant d'aquesta Sala Civil i el va fonamentar en els següents motius:

1r. Infracció de l'ordenament jurídic (motiu articulat per l'art. 1692.4t de la LEC) en l'art. 492 del Codi civil, pel que fa que els pares no han de prestar fiança en l'usdefruit *ex testamento* del fill.

2n. Infracció de l'ordenament jurídic (art. 1692.4t) en l'art. 304, paràgraf 3r del Codi de successions de Catalunya, quant que els pares no han de prestar la caució pretòria per *ministeri legis i testatoris mens*.

3r. Infracció de l'ordenament jurídic (art.1692,4t) en la L. Ult. & 4. Digest *De bon. quae liber*, com a tradició jurídica catalanoromana (en relació a l'art.1 de la Compilació vigent).

4t. Infracció de l'ordenament jurídic (art. 1692.4t) sobre el principi general del dret dels actes propis, quant que l'hereu nu propietari ha remès la "fiança prèvia" per document públic i per la seva conducta anterior al procés i també coetània, en no reconvenir.

5è. Infracció de la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre els actes propis que se citen (articulat per l'art. 1692 4t-jurisprudència).

6è. Infracció de l'ordenament jurídic (art.1692.4t) en el principi general de bona fe i la proscripció de l'abús de dret consagrat en l'art. 7 del Codi civil i en disposicions concordants del dret catalanoromà integradores de la tradició jurídica catalana.

6è bis. Infracció de l'ordenament jurídic (per l'art. 1692.4t LEC) en l'art. 6.2 del Codi civil, quant que la contrapart ha remès mitjançant actes tàcits i presumptes en document públic el dret pretès que oposa a la fiança "prèvia", ni tampoc ha reconvingut i ha causat indefensió a aquesta part.

7è. Infracció (per la via de l'art. 1692.3r, primer incís) de les normes reguladores de les sentències en l'art. 359 de la Llei de ritus (LEC) en quant que la decisió de la sentència és incongruent amb les pretensions de les parts en el judici i

8è Infracció de l'art. 710.2n de la Llei d'enjudiciament civil (per l'art. 1692.4t). </s></p></div3>

<div3 n=4><p><s><hi rend="bo">**Quart.** - </hi> Admès el recurs i evacuat el tràmit d'impugnació, es va assenyalar per a la votació el dia 4 del corrent, en què va tenir lloc. </s></p></div3>

<div3><p><s>Hi ha actuat com a ponent el magistrat Il·lm. Sr. Luis M. Díaz Valcárcel. </s></p></div3></div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**RAONAMENTS JURÍDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** - </hi> El litigi del qual dimana aquest recurs versa sobre l'execució del testament atorgat el 22 de juny de 1993 per la Sra. Ana María Español Fumanal de veintatge civil català, morta el 30 de juliol de 1993. En la seva part bastant la testadora llega el que per llegítima correspongués a les persones que tinguessin tal dret i, especialment, al seu fill Sergi Canamasa Español; llega l'usdefruit vitalici de l'herència als seus pares, Sr. Jaime Español Turmo i la Sra. María Dolores Fumanal Noguero, i institueix hereu universal el seu fill Sergi. Els pares de la causant formulen demanda en què reclamen com a usufructuaris la possessió de la totalitat dels béns relictos, prèvia confecció judicial de l'inventari i sense prestar caució. El jutge de primera instància estima íntegrament la demanda en una sentència contra la qual es va interposar recurs i que va ser revocada per l'Audiència "en el único extremo de desestimar la pretensión de la actora de ser liberada de prestar caución". Aquest punt concret és el que motiva el prolix i erudit recurs de cassació interposat pels demandants inicials i articulat en nou motius. </s></p></div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** - </hi> Amb caràcter previ convé precisar quina és la llei aplicable al cas, dins de la legislació civil catalana. Atesa la data del testament notarial i la data de la mort de la testadora uns dies després, resulta d'aplicació el Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya, aprovat per la Llei del Parlament català 40/1991, de 30 de desembre, la disposició transitòria primera de la qual especifica que "es regiran per aquest Codi les successions obertes i els testaments codicils i les memòries testamentàries que s'atorguin després de la seva entrada en vigor". Entrada en vigor que va tenir lloc als tres mesos de la seva publicació al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (Disposició final quarta), publicació que es va fer el 21 de gener de 1992. El preàmbul del Codi de successions, en el seu número 1 rubricat "finalitat de la llei", paràgraf tercer, diu que "aquesta llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català. S'hi regulen, de manera sistemàtica i ordenada, totes les institucions successòries vigents a Catalunya, per la qual cosa, per aplicació de l'art. 1 de la Compilació, s'exclou l'aplicació directa o supletòria del Codi civil a Catalunya. La llei substitueix tot el dret de successions fins avui vigent a Catalunya i el reordena en un sol text...". Queda, per tant, clar que pel caràcter de completa, autònoma i global que la Llei s'atribueix queda exclosa l'aplicació de qualsevol altre precepte. Expressament menciona el Codi civil i implícitament la dispersa normativa que va tenir vigència històrica, sense perjudici del valor interpretatiu i integrador que li concedeix l'art. 1.2 de la Compilació de dret civil de Catalunya. </s></p></div3>

Tercer. Del que s'ha dit es desprèn que són innecessàries les elucubracions que la sentència objecte de recurs i la de la primera instància fan entorn de l'art. 491 del Codi civil, referent a l'obligació de l'usufructuari de prestar fiança, i el següent art. 492 que eximeix de prestar-la "als pares usufructuaris dels béns dels fills". Direm, no obstant, que aquesta última hipòtesi no es dóna en el cas de les actuacions en què els avis són usufructuaris universals d'uns béns dels quals el net és nu propietari. El precepte aplicable és l'art. 304 del Codi de successions que tracta del llegat de l'usdefruit universal i el paràgraf tercer del qual disposa que "el testador podrà rellevar l'usufructuari de l'obligació de prestar caució...". Tal revelació no es va produir per la qual cosa subsisteix l'obligació genèrica de prestar caució. Aquesta és la correcta intel·ligència del precepte que condueix l'Audiència a revocar en part la sentència del jutge que va aplicar incorrectament l'art. 492 del Codi civil. Si la testadora hagués volgut eximir els usufructuaris universals de prestar caució només havia de dir-ho al testament, notarial en el nostre cas. En no haver-ho fet així, regeix la norma general sense que pugui dir-se que en el testament hi hagi clàusules ambigües o obscures que necessitin interpretar-se a tenor del que disposa l'art. 110 del Codi de successions. Per altra banda, la diferència entre caució i fiança no té la importància que vol donar-li el recurrent. En primer lloc perquè en la decisió llegim "caució" que és el terme que emprà l'art. 304 abans mencionat; en segon lloc per quant la legislació civil catalana usa ambdues paraules amb virtual sinonímia, com ho demostra l'art. 16 de la Compilació que havia de "prestar fiança" referint-se també a un usdefruit universal, l'establert en capítols matrimonials (precepte redactat d'acord amb la Llei 8/1993, de 30 de setembre) i, en tercer lloc, encara que fos cert que en el dret romà la caució abraçava la fideusoria o fiança, la hipotecària i la juratòria o promissòria, aquesta última només era aplicable en el dret històric i quan la cridat a prestar-la era pobre. El que s'ha dit justifica la desestimació dels dos primers motius del recurs, així com del tercer, ja que no es pot infringir la tradició jurídica catalana en la interpretació d'un precepte com el de l'art. 304 del Codi de successions que per la seva contundència no admet una altra interpretació que la literal.

Quart. Els motius quart i cinquè fan referència a la doctrina dels actes propis i a la jurisprudència del Tribunal Suprem que l'aplica, citant-se sentències que van des de l'any 1873 al 1908 la més recent. Entén el recurrent que és un "acte propi" del demandat el no haver contestat als requeriments dels actors perquè donés efectivitat al llegat d'usdefruit universal. "Si va voler que se li prestés fiança, encara que legalment no li fos deguda" -conclou la part recurrent- "hagués hagut de manifestar, responnent aquelles íntimes, aquella intenció com ha fet obstatiu a el lliurement del llegat". El Tribunal Suprem, en sentència, de 23 de desembre de 1966, diu que "els anomenats *actes propis* segons la reiterada doctrina d'aquesta Sala (sentències, de 18 de gener de 1990; 5 de març de 1991; 4 de juny de 1992; 12 d'abril de 1993; 30 de maig de 1995, entre moltes altres) es caracteritzen per una expressa i conclouent manifestació de voluntat encaminada a crear, modificar o extingir algun dret". El mer silenci davant dels mencionats requeriments ni és un acte conclouent, ni crea ni modifica o extingeix cap dret per la qual cosa no es pot aplicar l'anomenada doctrina dels actes propis que, en tot cas, han de ser reveladors de la voluntat inequívoca dels autors (sentència de 15 de novembre de 1996), caràcter que tampoc té la confecció d'inventari realitzat a efectes fiscals pel demandat. Tot això obliga a desestimar els dos motius, així com el numerat com a sisè *bis* que infereix la renúncia a exigir la prestació de caució del fet que no formulés reconvençió al respecte.

Cinquè. La resta dels motius del recurs denuncia infracció de l'ordenament jurídic quant al principi de bona fe i la proscripció de l'abús de dret consignat a l'art. 7 del Codi civil i "en disposicions concordants del dret catalano-romà integradores de la tradició jurídica catalana". Ho justifica per quant "l'actitud passiva i temerària de la contrapart" va obligar els actors a instar el lliurement judicial del llegat. En aquesta litis no es pot invocar la mala fe i l'abús del dret i menys com a un motiu de cassació de la sentència objecte de recurs. És cert que els actors tenen dret a reclamar el lliurement de l'usdefruit universal del cabal relicte per la seva filla -i així s'ha reconegut en totes les instàncies - però no el tenen quan pretenen ser rellevats de l'obligació de prestar caució i això justifica l'oposició extraprocessal i processal de la contrapart. El motiu ha de ser, doncs, desestimat.

<div3 n=6><p><s><hi rend="bo">**Sisè.** -</hi> Amb base, aquest cop, en l'apartat tercer, primer incís de l'art. 1692 de la Llei d'enjudiciament civil, denunciem els recurrents infracció de l'art. 359 de la mateixa llei per estimar que la decisió de la sentència és incongruent amb les pretensions de les parts. L'art. 359 de la Llei processal exigeix que les sentències siguin congruents amb les demandes. Afegeix "i amb la resta de pretensions deduïdes oportunament en el ple", incís que no és d'aplicació al cas de les actuacions en què no s'ha formulat reconvençió, ni hi ha més pretensions que les articulades pels actors, aquí recurrents. La demanda sol·licita la possessió en legal forma de tots els béns relictos de l'herència de la Sra. Ana María Español Fumanal, prèvia confecció judicial de l'inventari i sense prestar caució. La sentència impugnada concedeix el que s'ha sol·licitat excepte la pretensió de l'actora de ser alliberada del deure de prestar caució, pretensió que és expressament desestimada. On és la incongruència? L'extensa argumentació del recurrent barreja qüestions substantives amb les processals que són les úniques que poden discutir-se a la llum del motiu tercer de l'art. 1692. És tan coneguda com reiterada la doctrina jurisprudencial segons la qual "concedir menys del demandat no està vedat pel principi de congruència". (Ad exemplum, Sentència de 15 de novembre de 1996). A això no és obstacle, com sembla que entén la part recurrent, que el demandat no hagués comparegut, o no hagués articulat oposició, o aquesta fos errònia, el Tribunal hauria de desestimar aquelles pretensions que no tinguin suport legal. </s></p></div3>

<div3 n=7><p><s><hi rend="bo">**Setè.** -</hi> Desestimats els motius anteriors s'ha de fer el mateix amb el vuitè que al·ludeix a la imposició de costes de segona instància al demandat per la suposada mala fe, d'acord amb el que hem argumentat. </s></p></div3>

<div3 n=8><p><s><hi rend="bo">**Vuitè.** -</hi> Per imperatiu del que disposa l'últim paràgraf de l'art. 1715 de la Llei d'enjudiciament civil escau imposar les costes a la part recurrent. Vistes les disposicions legals esmentades i la resta de pertinent aplicació. </s></p></div3>

<div3><p><s>En nom del rei i per l'autoritat del poble espanyol, </s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**DECIDIM**</head>

Que desestimem el recurs de cassació interposat per la representació del Sr. Jaume Español Turmo i la Sra. Dolors Fumanal Noguero contra la sentència dictada el 13 de desembre per la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona; amb expressa imposició de les costes del recurs a la part recurrent.

Notifiqueu i publiqueu aquesta resolució, d'acord amb el dret i retorneu les actuacions i el rotllo a la Secció de procedència. Aquesta és la nostra sentència, que pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Jaime Español Turmo y otro / Sergio-Juan Canamasas Español</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Texto original</head>

<head type=sub rend="bo">**Irretroactividad del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.- Testamento: interpretación.- Legado de usufructo universal: obligación del legatario de prestar fianza.- Tradición jurídica catalana.- Actos propios.- Buena fe.- Abuso de derecho.- Congruencia.** </head>

En la ciudad de Barcelona a dieciocho de Diciembre de mil novecientos noventa y siete.

VISTO por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía que se dirán, sobre acción de entrega de legado de usufructo testamentario catalán, cuyo recurso fué interpuesto por los demandantes de dichos autos D. JAIME ESPAÑOL TURMO y su esposa Dª DOLORES FUMANAL NOGUERO, representados por el Procurador D. Antonio Mª de Anzizu Furest y defendidos por el Letrado D. Jorge F. Español Fumanal, siendo parte recurrida el menor de edad D. SERGIO-JUAN CANAMASAS ESPAÑOL, representado por el Ministerio Fiscal como Defensor Judicial del mismo.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 49 de los de Barcelona se siguieron autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 309/94 a instancia de D. Jaime Español Turmo y de Dª. Mª. Dolores Fumanal Noguero contra D. Sergio-Juan Canamasas Español, menor de edad, en la persona de su legítimo representante y padre D. Aniceto Canamasas Puigbó o en su caso contra el defensor judicial de dicho menor.

Por dichos actores se formuló la demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimaban convenientes, se solicitaba que en su día se dictara sentencia por la que estimándola, se condenara a la parte demandada a que entregara la posesión en legal forma de todos los bienes relictos de la herencia de Dª. Ana Mª. Español Fumanal a los actores, previa confección judicial del inventario y sin prestar caución por eximirla de ella el art. 492 del Código Civil, más los intereses legales y costas que se originaran a las que debería ser condenada; formulando por otrosíes las demás manifestaciones que estimaba oportunas y el nombramiento de administrador judicial.

Admitida a trámite la demanda, compareció en autos el demandado, el menor Sergio-Juan Canamasas Español, representado por su padre D. Aniceto Canamasas Puigbó, quien la contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado que dictara en su día sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda formulada de contrario, absolviendo íntegramente de la misma al demandado con expresa imposición de costas a los actores; haciendo por otrosíes las manifestaciones que estimaba oportunas y mostrando su oposición a la adopción de las medidas cautelares interesadas de contrario.

Seguido el juicio por sus trámites, por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 6 de Julio de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando íntegramente el escrito inicial de demanda presentado por el Procurador Antonio Mª. Anzizu Furest en nombre y representación de Jaime Español Turmo y Mª. Dolores Fumanal Noguero, debo condenar y condeno a que entregue la posesión en legal forma de todos los bienes relictos de la herencia de Doña ANA MARIA ESPAÑOL FUMANAL a la parte actora, previa confección judicial del inventario, y sin prestar caución con imposición de costas a la parte demandada". </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** - </hi>Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y sustanciada en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 13 de Diciembre de 1996, cuyo fallo es como sigue: "FALLO: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Francesc Xavier Espadaler contra la sentencia de 6 de Julio de 1995 del Juzgado de Primera Instancia nº 49 de esta ciudad que revocamos en el único extremo de desestimar la pretensión de la actora de ser liberada del deber de prestar caución, confirmando la resolución recurrida en los restantes extremos y sin hacer expresa condena en las costas devengadas en la presente alzada". </s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** - </hi>El Procurador D. Antonio Mª. de Anzizu Furest, en representación de D. Jaime Español Turmo y de Dª. Dolores Fumanal Noguero, que previamente había preparado recurso de casación contra la referida sentencia de apelación, lo interpuso ante esta Sala de lo Civil, fundándolo en los siguientes motivos:

1º.- Infracción del ordenamiento jurídico (motivo articulado por el art. 1692.4º de la L.E.C.) en el art. 492 del Código civil, en cuanto que los padres no deben prestar fianza en el usufructo "ex testamento" del hijo.

2º.- Infracción del ordenamiento jurídico (art. 1.692.4º) en el art. 304, párrafo 3º del Código de Sucesiones de Cataluña, en cuanto que los padres no deben prestar la caución pretoria por "Ministerio Legis" y "Testatoris Mens".

3º.- Infracción del ordenamiento jurídico (art. 1.692.4º) en la L. Ult.&. 4. Digesto "De bon. quae liber", como tradición jurídica catalano-romana (en relación al art. 1 de la vigente Compilación).

4º.- Infracción del ordenamiento jurídico (art. 1.692.4º) sobre el principio general del derecho de los actos propios, en cuanto que el heredero nudo propietario ha remitido la “fianza previa”, por documento público y por su conducta anterior al proceso y coetánea al mismo, al no reconvenir.

5º.- Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos propios que se cita (articulado por el Art. 1.692.4º- jurisprudencia).

6º.- Infracción del ordenamiento jurídico (Art. 1.692.4º) en el principio general de la buena fe y la proscripción del abuso de derecho consignado en el art. 7 del Código Civil y en disposiciones concordantes del derecho catalano-romano integradoras de la tradición jurídica catalana.

6º bis.- Infracción del ordenamiento jurídico (por el Art. 1.692.4º LEC) en el art. 6.2 del Código Civil, en cuanto que la contraparte ha remitido mediante actos tácitos y presuntos en documento público el pretendido derecho que opone a que se le fianza “previa”, ni tampoco ha reconvenido, causando indefensión a esta parte.

7º.- Infracción (por la vía del art. 1.692.3º, primer inciso) de las normas reguladoras de las sentencias en el art. 359 de la Ley de Ritos (L.E.C.), en cuanto que el fallo de la sentencia es incongruente con las pretensiones de las partes en el juicio, y

8º.- Infracción del art. 710, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por el art. 1.692.4º).</s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">Cuarto. - </hi>Admitido el recurso y evacuado el trámite de impugnación, se señaló para la votación el día cuatro de los corrientes, en que tuvo lugar.</s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Mº. Díaz Valcárcel.</s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">FUNDAMENTOS JURÍDICOS</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">Primero. - </hi>El litigio del que dimana el presente recurso versa sobre la ejecución del testamento otorgado el 22 de Junio de 1993 por doña Ana María Español Fumanal, de vecindad civil catalana, fallecida el 30 de Julio de 1993. En su parte bastante la testadora lega lo que por legítima correspondiera a las personas que ostentaran tal derecho y, en especial, a su hijo Sergio Canamasa Español; lega el usufructo vitalicio de la herencia a sus padres don Jaime Español Turmo y doña María Dolores Fumanal Noguero e instituye heredero universal a su hijo Sergio. Los padres de la causante formulan demanda en la que reclaman como usufructuarios la posesión de la totalidad de los bienes relictos, previa confección judicial de inventario y sin prestar caución. El Juez de Primera Instancia da lugar íntegramente a la demanda en sentencia que, recurrida, es revocada por la Audiencia “en el único extremo de desestimar la pretensión de la actora de ser liberada del deber de prestar caución”. Este punto concreto es el que motiva el prolijo y erudito recurso de casación interpuesto por los demandantes iniciales y articulado en nueve motivos.</s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">Segundo. - </hi> Con carácter previo conviene precisar cual sea la ley aplicable al caso, dentro de la legislación civil catalana. Atendiendo a la fecha del testamento notarial y a la del fallecimiento de la testadora unos días después, resulta de aplicación el Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, aprobado por Ley del Parlamento catalán 40/1.991, de 30 de Diciembre, cuya Disposición transitoria primera especifica que “se regirán por el presente Código las sucesiones abiertas y los testamentos, codicilos y memorias testamentarias otorgados después de su entrada en vigor”. Entrada en vigor que tuvo lugar a los tres meses de su publicación en el “Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya” (Disposición final cuarta), publicación que se hizo el 21 de enero de 1992. El preámbulo del Código de Sucesiones, en su número 1 rubricado “finalidad de la Ley”, párrafo tercero, dice que “la presente ley contiene una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán. Se regulan en ella, de manera sistemática y ordenada, todas las instituciones sucesorias vigentes en Cataluña, por lo cual, por aplicación del art. 1 de la Compilación, se excluye la aplicación directa o supletoria del Código civil en Cataluña. La Ley sustituye todo el derecho de sucesiones hasta hoy vigente en Cataluña y lo reordena en un sólo texto...”. Queda pues claro que por el carácter de completa, autónoma y global que la Ley se atribuye queda excluida la aplicación de cualquier otro precepto. Expresamente menciona el Código civil e implícitamente la dispersa normativa que tuvo vigencia histórica, sin perjuicio del valor interpretativo e integrador que le concede el art. 1.2 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña.</s></p></div3>

<div3 n=3>

<p><s><hi rend="bo">**Tercero.** -</hi> De lo dicho se desprende que son innecesarias las lucubraciones que la sentencia recurrida y la de primera instancia realizan en torno al art. 491 del Código civil referente a la obligación del usufructuario de prestar fianza y el siguiente art. 492 que exige de prestarla a “los padres usufructuarios de los bienes de los hijos”. Diremos, sin embargo, que esta última hipótesis no se da en el caso de autos en el que los abuelos son usufructuarios universales de unos bienes de los que es nudo propietario el nieto. El precepto aplicable es el art. 304 del Código de Sucesiones, que trata del legado de usufructo universal y cuyo párrafo tercero dispone que “el testador podrá relevar al usufructuario de la obligación de prestar caución...”. Tal relevación no se produjo por lo que subsiste la obligación genérica de prestar caución. Esta es la correcta inteligencia del precepto que conduce a la Audiencia a revocar en parte la sentencia del Juez que aplicó incorrectamente el art. 492 del Código civil. Si la testadora hubiese querido eximir a los usufructuarios universales de prestar caución no tenía más que decirlo en el testamento, notarial en nuestro caso. No habiéndolo hecho así, rige la norma general sin que pueda decirse que en el testamento haya cláusulas ambiguas u oscuras que necesiten interpretarse a tenor de lo dispuesto en el art. 110 del Código de sucesiones. Por otra parte, la diferencia entre caución y fianza no tiene la importancia que quiere darle el recurrente. En primer lugar porque en el fallo leemos “caución” que es el término que emplea el art. 304 antes mencionado; en segundo lugar por cuanto la legislación civil catalana usa ambas palabras con virtual sinonimia, como lo demuestra el art. 16 de la Compilación que habla de “prestar fianza” refiriéndose también a un usufructo universal, el establecido en capítulos matrimoniales (precepto redactado de acuerdo con la Ley 8/1.993, de 30 de septiembre); y, en tercer lugar, aún cuando fuera cierto que en el Derecho romano la caución abarcaba la fideusoria o fianza, la hipotecaria y la juratoria o promisorias, esta última sólo era aplicable en el derecho histórico y cuando el llamado a prestarla era pobre. Lo dicho justifica la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, así como también del tercero pues no cabe infringir la tradición jurídica catalana en la interpretación de un precepto como el del art. 304 del Código de Sucesiones que, por su contundencia, no admite otra interpretación que la literal. </s></p></div3>

<div3 n=4>

<p><s><hi rend="bo">**Cuarto.** -</hi> Los motivos cuarto y quinto hacen referencia a la doctrina de los actos propios y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la aplica, citándose sentencias que van desde el año 1873 al 1908 la más reciente. Entiende el recurrente que es un “acto propio” del demandado el no haber contestado a los requerimientos de los actores para que diera efectividad al legado de usufructo universal. “Si quiso que se le prestase fianza, aunque legalmente no le fuese debida” -concluye la parte recurrente- “hubiere tenido que manifestar, contestando aquellas íntimas, aquella intención como hecho obstativo a la entrega del legado”. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de Diciembre de 1996 dice que “los llamados *actos propios*, según reiterada doctrina de esta Sala (Stas. 18 de Enero de 1990, 5 de Marzo de 1991, 4 de Junio de 1992, 12 de Abril de 1993, 30 de Mayo de 1995, entre otras muchas) se caracterizan por una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho”. El mero silencio ante los mencionados requerimientos, ni es un acto concluyente, ni crea, modifica o extingue ningún derecho, por lo que no cabe la aplicación de la llamada doctrina de los actos propios que, en todo caso, tienen que ser reveladores de la voluntad inequívoca de los autores (Sta de 15 de noviembre de 1996), carácter que tampoco tiene la confección de inventario realizado a efectos fiscales por el demandado. Todo ello obliga a desestimar ambos motivos, así como el numerado como sexto bis que infiere la renuncia a exigir la prestación de caución del hecho de que no formulase reconvencción al respecto. </s></p></div3>

<div3 n=5>

<p><s><hi rend="bo">**Quinto.** -</hi> El resto de los motivos del recurso denuncia infracción del ordenamiento jurídico en cuanto al principio de buena fe y la proscripción del abuso de derecho consignado en el art. 7 del Código civil y “en disposiciones concordantes del Derecho catalano-romano integradoras de la tradición jurídica catalana”. Lo justifica por cuanto “la actitud pasiva y temeraria de la contraparte” obligó a los actores a instar la entrega judicial del legado. En la presente litis no cabe invocar la mala fe y el abuso del derecho y menos como un motivo de casación de la sentencia recurrida. Es cierto que los actores tienen derecho a reclamar la entrega del usufructo universal del caudal relicto por su hija -y así se ha reconocido en todas las instancias- pero no lo tienen cuando pretenden ser relevados de la obligación de prestar caución, y ello justifica la oposición extraprocésal y procesal de la contraparte. El motivo debe, pues, ser desestimado. </s></p></div3>

<div3 n=6>

<p><s><hi rend="bo">**Sexto.** -</hi> Con base, esta vez, en el apartado tercero, primer inciso del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil denuncian los recurrentes infracción del art. 359 de la propia Ley por estimar que el fallo de la sentencia es incongruente con las pretensiones de las partes. El art. 359 de la Ley procesal exige que las sentencias sean congruentes con las demandas. Añade “y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito”, inciso que no es de aplicación al caso de autos en que no se ha formulado reconvencción, ni hay más pretensiones que las articuladas por los actores, aquí recurrentes. La demanda solicita la posesión en legal forma de todos los bienes relictos de la herencia de doña Ana María Español Fumanal, previa confección judicial del inventario y sin prestar caución. La sentencia impugnada concede lo solicitado excepto “la pretensión de la actora de ser liberada del deber de prestar caución”, pretensión que es expresamente desestimada. ¿Dónde está la incongruencia? La extensa argumentación del recurrente mezcla cuestiones sustantivas con las procesales que son las únicas que pueden discutirse a la luz del motivo tercero del art. 1.692. Es tan conocida como reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual “conceder menos de lo pedido no está vedado por el principio de congruencia “(*Ad exemplum*, Sta de 15 de Noviembre de 1996). A ello no es óbice, como parece entender la parte recurrente, que el demandado no haya formulado reconvencción. Es más, a virtud del principio *iura novit curia* aunque el demandado no hubiera comparecido, o no hubiere articulado oposición, o esta fuera errónea, el Tribunal debería desestimar aquellas pretensiones que no tengan respaldo legal. </s></p></div3>

<div3 n=7>

<p><s><hi rend="bo">**Séptimo.** - </hi>Desestimados los anteriores motivos hay que hacer lo mismo con el octavo que alude a la imposición de las costas de segunda instancia al demandado por supuesta mala fe; conforme hemos argumentado. </s></p></div3>

<div3 n=8>

<p><s><hi rend="bo">**Octavo.**- </hi>Por imperativo de lo dispuesto en el último párrafo del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas al recurrente.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de pertinente aplicación. </s></p></div3>

<div3><p><s>En nombre del Rey y por la autoridad del Pueblo Español, </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">**FALLAMOS**</head>

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de don Jaime Español Turmo y doña Dolores Fumanal Noguero contra la sentencia dictada el 13 de Diciembre de 1996 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona; con expresa imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Notifíquese y publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvase los Autos y Rollo a la Sección de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTÈNCIA DE 29 DE DESEMBRE DE 1997**</head>
 <head type=sub rend="bo">Mercè Valentí i Fibla / M.. Carme Valentí i Fibla</head>
 <head type=sub rend="bo">A) Text original</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurs de cassació: determinació de la quantia del litigi que permet accedir al recurs de cassació.- Tutela judicial efectiva.**</head>

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya formada pels Magistrats que s'esmenten al marge, ha vist el present recurs extraordinari de cassació interposat per la Sra. Maria Carme Valentín Fibla contra la sentència dictada en grau d'apel·lació per la Secció 14 de l'Audiència Provincial de Barcelona el 14 de juny de 1997 dimanant del judici declaratiu de menor quantia interposat per l'esmentada recurrent contra la Sra. Mercedes Valentín Fibla sobre nul·litat de testament. La recurrent ha estat representada davant aquest Tribunal pel Procurador Sr. Artur Cot Montserrat i defensada per l'Advocat Sr. Ferran Foix Carbó, havent estat la recorreguda representada per el Procurador Sr. Carlos Badia Martínez i defensada per l'Advocat Sr. Carlos Rodríguez Castillo.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTS DE FET**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Primer.** -</hi> En la data ja esmentada de 14 de juny de 1997, la Secció 14 de l'Audiència Provincial de Barcelona, en el recurs d'apel·lació mencionat, va dictar Sentència que conté la següent part dispositiva: "FALLAMOS: Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por MARIA CARMEN VALENTIN FIBLA, contra la Sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 1996 por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Badalona, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición de costas a la apelante." </s></p>
 </div3>

<div3 n=2><p><s><hi rend="bo">**Segon.** -</hi> Contra aquesta resolució, la Sra. Maria Carme Valentín Fibla va interposar aquest recurs de cassació que ha estat tramitat davant aquest Tribunal d'acord amb les prescripcions legals, havent estat senyalada l'audiència del dia 18 del present mes en el que va tenir lloc la vista. </s></p>
 </div3>

<div3><p><s>És Ponent el Magistrat de la Sala II-Im. Sr. Ponç Feliu Llansa. </s></p></div3>
 </div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FONAMENTS JURIDICS**</head>

<div3 n=1><p><s><hi rend="bo">**Únic.** -</hi> Tant per exigències de l'ordre públic processal, pel que han de vetllar els Tribunals, àdhuc d'ofici, com per així haver-ho assenyalat la part contra la que es recorre en el seu primer motiu d'impugnació, ha de merèixer atenció prioritària l'examen de la concurrència o no en el present supòsit dels requisits que imposa l'article 1.687 de la Llei d'Enjudiciament Civil per a l'accés a la Cassació d'una determinada sentència.

I, això considerat, cal ponderar el següent:

a).- El present recurs l'interposa la representació processal de la senyora Maria Carme Valentín Fibla contra la sentència de 14 de Juny d'enguany de la Secció catorze de l'Audiència Provincial de Barcelona, confirmatòria de la sentència de 29 de Març de 1996 del Jutjat núm. 9 de Badalona.

Ambdues Resolucions deriven de demanda de judici declaratiu de menor quantia promoguda per l'actora esmentada contra la seva germana Mercedes Valentín Fibla, en súplica, exposada en síntesi, de que es declarés que la mare i causant de les litigants Sra. Josefa M. Fibla Castell no gaudia de la integritat de les seves facultats mentals en el moment d'atorgar el seu darrer testament de data 18 de Gener de 1991 i, en conseqüència, que es declarés la seva nul·litat i la dels actes jurídics realitzats per la demandada Sra. Mercedes Valentín Fibla com hereva, declarant-se oberta la successió intestada de la Sra. Josefa M. Fibla Castell i condemnant-se a la demandada a l'atorgament de les escriptures públiques necessàries per a verificar les oportunes cancel·lacions registrals.

Tant la sentència d'instància com la que ara es pretén recórrer de la Audiència Provincial de Barcelona, desestimaren aitals pretencions.

b).- Pel que ara interessa respecte a la qüestió d'Ordre Públic Processal plantejada per la part impugnant del recurs, s'ha de fer especial esment de que, si bé en la demanda no es fixava la quantia del procediment, sí que s'interessava per l'altresí que "dada la naturaleza de las acciones que se ejercitan en esta demanda es preciso que, como medida cuatelar, se tome anotación preventiva de la presente demanda en el Registro de la Propiedad nº 1 de Badalona, al Tomo 3.092 del archivo, Libro 286 de Badalona-1, folio 143, finca nº 15.030..." (fol. 8 de la demanda). La finca esmentada ja havia estat assenyalada per la part demandant com "el único bien de la testadora" (folio 2).

En resposta a tal petició el referit Jutjat per provisió de 16-11-1995 requerí a les parts per a que "manifestan el actual valor de la finca sita en esta ciudad, calle Alfonso XIII, nº 115", el que fou complimentat per la demandant en escrit de 24-11-1995 atribuïnt a la mateixa, segons es xifrava a efectes cadastrals, un valor de 3.270.978 pessetes i per la part demandada, mitjançant escrit de 30-11-1995, en la quantitat de 5.000.000 de pessetes, a partir del valor declarat en la escriptura d'acceptació d'herència. A la vista d'ambdues manifestacions, per provisió de 8 de Gener de 1996 es fixà en un milió la fiança a consignar per la demandant.

c) Essent pacífic, per expressa acceptació de les parts, que l'únic cabdal relicte de l'herència és la repetida finca i no havent-se suscitat en cap altre moment del plet, és a dir, ni en instància, ni en apel·lació, ni davant aquest Tribunal qüestionat cap mena respecte a les referides sumes senyalades pels litigants ni respecte, en definitiva, a la quantia del procediment, és palès que no pot la Sala, per tal com comportaria una actuació "ultra vires" i menys en el present moment processal, contemplar xifra distinta a la més alta fixada per les pròpies parts, que queda lluny d'excedir els sis milions, que, com a límit mínim per a l'accés a la Cassació, regula el núm. 1 c) de l'art. 1.687 de la Llei d'Enjudiciament Civil.

d).- Les anteriors consideracions fan sobrer qualsevol comentari sobre el que manifesta la part recurrent (foli 13 del present Rotlle) en el sentit de que "la cuantía litigiosa excede de seis millones de pesetas, dado que el caudal relicto de la herencia cuyo testamento se trata de declarar nulo consiste en una vivienda sita en Badalona, Av. Alfonso XIII, nº 115, planta entresuelo, puerta única, con una superficie útil de más de 86 metros cuadrados, que excede sobradamente de dicha cantidad en cuanto a su valor calculado a precios de mercado", extrem fàctic aquest darrer sobre el que no s'ha efectuat la menor prova, al que només cal afegir que, en no conèixer les concretes circumstàncies d'ubicació, qualitat, antiguitat i demés factors operants en el mercat i que afecten a la repetida finca, tampoc existeix base suficient per a considerar fet notori l'atribució d'un preu superior als sis milions, amb el benefici conseqüent d'exempció de prova.

e) S'ha de concloure, doncs, que, en no sobrepassar la quantia del plet els sis milions de pessetes, el recurs estava afectat de causa d'inadmissibilitat, la qual, en aquest moment processal, es converteix en causa de desestimació, no atemptant aquest pronunciament contra el dret a la tutela judicial efectiva en la seva vessant de dret al recurs, doncs té dita la Jurisprudència que tan es vulnera l'esmentat dret quan es denega indegudament, l'accés al recurs com quan s'atorga també indegudament, per l'afectació que això comporta pels principis de seguretat jurídica, legalitat i evitació de dilacions indegudes.

f).- Un cop desestimat el recurs de cassació és procedent acordar la imposició de les costes a la part que recorre i la pèrdua del dipòsit, conformement a allò que estableix el darrer paràgraf de l'article 1715 de la Llei d'Enjudiciament Civil. </s></p></div3>

<div3><p><s>EN NOM DEL REI I PER LA AUTORITAT QUE ENS HA CONFERIT EL POBLE ESPANYOL.</s></p></div3></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">DECIDIM</head>

Que **DESESTIMEM** el recurs de Cassació interposat pel Procurador dels Tribunals Sr. Arturo Cot Montserrat en representació processal de la Sra. María Carmen Fibla contra la sentència dictada per la Secció 14ª de l'Audiència Provincial de Barcelona de data catorze de juny de mil nou-cents noranta-set, CONFIRMANT íntegrament la Resolució esmentada, amb la imposició de les costes causades a la part que recorre i amb la declaració de la pèrdua del dipòsit constituït.

S'ha de lliurar a l'esmentada Audiència el testimoniatge d'aquesta sentència amb les actuacions originals i el rotlle d'apel·lació que van ser tramesos el seu dia a aquest Tribunal. Aquesta és la nostra sentència que pronunciem, manem i signem. </div2>

</div1>

<div1 n=1><head type=main rend="bo">**SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1997**</head>

<head type=sub rend="bo">Mercè Valentí i Fibla / M^a Carme Valentí i Fibla</head>

<head type=sub rend="bo">B) Traducción</head>

<head type=sub rend="bo">**Recurso de casación: determinación de la cuantía del litigio que permite acceder al recurso de casación.- Tutela judicial efectiva.**</head>

VISTO por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente recurso extraordinario de casación interpuesto por D^a María Carmen Valentín Fibla contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona el 14 de junio de 1997 dimanante del juicio declarativo de menor cuantía interpuesto por la expresada recurrente contra D^a Mercedes Valentín Fibla sobre nulidad de testamento. La recurrente ha sido representada ante este Tribunal por el Procurador D. Artur Cot Montserrat y defendida por el Letrado D. Ferrán Foix Carbó, habiendo estado la recurrida representada por el Procurador D. Carlos Badía Martínez, y defendida por el Letrado D. Carlos Rodríguez Castillo.

<div2 n=1><head type=sub rend="bo">**ANTECEDENTES DE HECHO**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Primero.** - </hi>En la fecha ya citada del 14 de junio de 1997, la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación mencionado, dictó Sentencia conteniendo la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por MARÍA CARMEN VALENTÍN FIBLA contra la Sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 1996 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 9 de Badalona, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición de las costas a la apelante." </s></p></div3>

<div3 n=2>

<p><s><hi rend="bo">**Segundo.** -</hi> Contra esta resolución, D^a María Carmen Valentín Fibla interpuso este recurso de casación tramitado ante este Tribunal de acuerdo con las prescripciones legales, habiendo sido señalada la audiencia del 18 del presente mes en que se celebró la vista. </s></p></div3>

<div3><p><s>Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ponç Feliu Llansa. </s></p></div3>

</div2>

<div2 n=2><head type=sub rend="bo">**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**</head>

<div3 n=1>

<p><s><hi rend="bo">**Único.** -</hi> Tanto por exigencias del orden público procesal, por el que han de velar los Tribunales, incluso de oficio, como por así haberlo señalado la parte recurrida en su primer motivo de impugnación, debe merecer atención prioritaria el examen de la concurrencia o no en el presente supuesto de los requisitos impuestos por el art. 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el acceso a la Casación de una determinada sentencia.

Y, considerado esto, hay que valorar lo siguiente:

a).- El presente recurso lo interpone la representación procesal de D^a María Carmen Valentín Fibla contra la sentencia de 14 de junio del corriente de la Sección decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmatoria de la sentencia de 29 de marzo de 1996 del juzgado n^o 9 de Badalona.

Ambas Resoluciones derivan de demanda de juicio declarativo de menor cuantía promovida por la expresada actora contra su hermana Mercedes Valentín Fibla, en súplica, expuesta en síntesis, de que se declarase que la madre y causante de las litigantes D^a Josefa M^a Fibla Castell no gozaba de la integridad de sus facultades mentales en el momento de otorgar su último testamento de fecha 18 de enero de 1991 y, en consecuencia, que se declarase su nulidad y la de los actos jurídicos realizados por la demandada D^a Mercedes Valentín Fibla como heredera, declarándose abierta la sucesión intestada de D^a Josefa M^a Fibla Castell y condenándose a la demandada a otorgar las escrituras públicas necesarias para verificar las oportunas cancelaciones Registrales.

Tanto la sentencia de instancia como la que ahora se pretende recurrir de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimaron tales pretensiones.

b).- Por lo que ahora interesa respecto de la cuestión de Orden Público Procesal planteada por la parte impugnante del recurso, tiene que hacerse especial mención de que, si bien en la demanda no se fijaba la cuantía del procedimiento, sí se interesaba por Otrosí que "dada la naturaleza de las acciones que se ejercitan en esta demanda es preciso que, como medida cautelar, se tome anotación preventiva de la presente demanda en el Registro de la Propiedad n^o 1 de Badalona, al Tomo 3.092 del archivo, Libro 286 de Badalona-1, folio 143, finca n^o 15.030,..." (folio 8 de la demanda). La finca expresada ya había sido señalada por la parte demandante como "el único bien de la testadora" (folio 2).

En respuesta a tal petición el referido Juzgado por providencia de 16.11.1995 requirió a las partes para que "manifiesten el actual valor de la finca sita en esta ciudad, calle Alfonso XIII n^o 115", lo que fue cumplimentado por la demandante en escrito de 24.11.1995 atribuyendo a la misma, según se cifraba a efectos catastrales, un valor de 3.270.978 pesetas y por la parte demandada, mediante escrito de 30.11.1995, en la cantidad de 5.000.000 de pesetas, a partir del valor declarado en la escritura de aceptación de herencia. A la vista de ambas manifestaciones, por providencia de 8 de Enero de 1996 se fijó en un millón la fianza a consignar por la demandante.

c) Siendo pacífico, por expresa aceptación de las partes, que el único caudal relicto de herencia es la repetida finca y no habiéndose suscitado en ningún otro momento del pleito, es decir, ni en instancia, ni en apelación, ni ante este Tribunal cuestión de ningún tipo respecto a las referidas sumas señaladas por los litigantes ni respecto, en definitiva, a la cuantía del procedimiento, es evidente que no puede la Sala, pues comportaría una actuación "ultra vires" y menos en el presente momento procesal, contemplar cifra distinta a la más alta fijada por las propias partes, que queda lejos de exceder los seis millones, que, como límite mínimo para el acceso a la Casación, regula el nº 1 c) del art. 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d).- Las anteriores consideraciones excusan cualquier comentario sobre lo que manifiesta la parte recurrente (folio 13 del presente Rollo) en el sentido de que "la cuantía litigiosa excede de seis millones de pesetas, dado que el caudal relicto de la herencia cuyo testamento se trata de declarar nulo consiste en una vivienda sita en Badalona, Av. Alfonso XIII nº 115, planta entresuelo, puerta única, con una superficie útil de más de 86 metros cuadrados, que excede sobradamente de dicha cantidad en cuanto a su valor calculado a precios de mercado", extremo fáctico este último sobre el que no se ha efectuado la menor prueba, al que sólo cabe añadir que, al no conocer las concretas circunstancias de ubicación, calidad, antigüedad y demás factores operantes en el mercado y que afectan a la repetida finca, tampoco existe base suficiente para considerar hecho notorio la atribución de un precio superior a los seis millones, con el beneficio consiguiente de exención de prueba.

e) Tiene que concluirse, pues, que al no sobrepasar la cuantía del pleito los seis millones de pesetas, el recurso estaba afectado de causa de inadmisibilidad, la cual, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación, no atentando este pronunciamiento contra el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al recurso, pues tiene dicha la Jurisprudencia que tanto se vulnera el expresado derecho cuando se deniega indebidamente, el acceso al recurso como cuando se otorga también indebidamente, por la afectación que ello comporta por los principios de seguridad jurídica, legalidad y evitación de dilaciones indebidas.

f).- Una vez desestimado el recurso de casación procede acordar la imposición de las costas a la parte recurrente y la pérdida del depósito, conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

<div3><p><s>EN NOMBRE DEL REY Y POR LA AUTORIDAD CONFERIDA POR LA CONSTITUCIÓN.</s></p></div3></s></p></div2>

<div2 n=3><head type=sub rend="bo">FALLAMOS</head>

Que DESESTIMAMOS el recurso de Casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Arturo Cot Montserrat en representació procesal de Dª María Carmen Fibla contra la sentencia dictada por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y siete, CONFIRMANDO íntegramente la Resolución expresada, con la imposición de las costas causadas a la parte recurrente y con la declaración de la pérdida del depósito.

Expídase a la expresada Audiencia el testimonio de esta sentencia con los autos originales y el rollo de apelación que se enviaron en su día a este Tribunal.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. </div2>