



Roj: **STS 8320/2002** - ECLI: **ES:TS:2002:8320**

Id Cendoj: **28079110012002102579**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2002**

Nº de Recurso: **1427/1997**

Nº de Resolución: **1185/2002**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil dos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, en nombre y representación de D. Luis Manuel , contra la sentencia dictada con fecha 3 de marzo de 1997 por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 747/95 dimanante de los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 304/93 del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Madrid, sobre adición de herencia. Ha sido parte recurrida Dª Guadalupe , representada por el Procurador D. Fernando Aragón Martín.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 1993 se presentó demanda interpuesta por Dª Guadalupe contra D. Luis Manuel solicitando se dictara sentencia por la que se condenase al demandado "a incluir en la herencia de sus fallecidos padres, Don Vicente y Dña Mónica , los bienes constituidos por el negocio y las fincas rústicas reseñados en esta demanda; a incluir en la herencia de Dña Mónica los frutos y rentas del negocio indicado, desde el fallecimiento de la causante, mediante la oportuna rendición de cuentas, y a practicar con la demandante la partición suplementaria de aquéllas para repartir y adjudicar los bienes incluidos, con apercibimiento de que se ejecutará a su costa si no lo hiciere voluntariamente en el plazo que se le señale, y a pagar las costas del juicio".

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Madrid, dando lugar a los autos nº 304/93 de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, y emplazado el demandado, éste compareció y contestó a la demanda solicitando se dictara sentencia "por la cual se estime la caducidad de la acción planteada y subsidiariamente se desestime la demanda planteada de contrario declarándose la titularidad exclusiva del negocio sito en el nº NUM000 de la CALLE000 de Madrid de propiedad exclusiva de mi mandante y en consecuencia la no obligatoriedad de su adición a las herencias causadas como consecuencia de los fallecimientos de D. Vicente y con posterioridad de Dña. Mónica , todo ello con expresa condena en costas a la actora".

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 7 de enero de 1995 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Desestimo la excepción de caducidad alegada por el demandado. Y estimo en parte la demanda presentada por Dª Guadalupe contra D. Luis Manuel , declarando que procede adicionar la partición de la herencia dejada por Dª Mónica con las nueve fincas rústicas que se describen en el apartado b) del Hecho cuarto de la demanda, con la correspondiente adjudicación a los coherederos, Dª Guadalupe y D. Luis Manuel , condenando en tal sentido al referido demandado. Desestimo la demanda en lo demás. No se hace imposición de costas".

CUARTO.- Interpuesto por la actora contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 747/95 de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, denegado el recibimiento a prueba solicitado por la misma parte y desestimado su recurso de súplica contra la denegación, dicho Tribunal dictó sentencia



en fecha 3 de marzo de 1997 con el siguiente fallo: "Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Guadalupe contra la Sentencia que el pasado siete de enero de mil novecientos noventa y cinco pronunció el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Veinte de Madrid, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el exclusivo sentido de condenar como condenamos al apelado D. Luis Manuel a incluir en la herencia de sus fallecidos padres D. Vicente y D<sup>a</sup> Mónica el negocio de venta de alimentación en general al por menor instalado en el local tienda n<sup>o</sup> NUM001 de la C/ CALLE000 número NUM000 de Madrid así como en la herencia de su madre D<sup>a</sup> Mónica los frutos y rentas de dicho negocio, desde el fallecimiento de dicha causante, mediante la oportuna rendición de cuentas, debiendo practicar con la apelante la partición suplementaria de dichos bienes para repartirlos y adjudicarlos, con apercibimiento de ejecutarse a su costa si no lo hiciera voluntariamente en el plazo que se le señale oportunamente, manteniéndose el resto de sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de la primera instancia al apelado y sin que procedan especiales declaraciones sobre las costas del presente recurso".

QUINTO.- Anunciado recurso de casación por el demandado contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, lo interpuso ante esta Sala articulándolo en seis motivos amparados en el art. 1692 LEC de 1881, todos en su ordinal 4<sup>o</sup> salvo el segundo que se amparaba en el ordinal 3<sup>o</sup>: el primero por infracción del art. 1214 CC e inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre carga de la prueba; el segundo por incongruencia; el tercero por inaplicación del art. 1218 CC e infracción de la jurisprudencia sobre la declaración en relación al art. 1058 CC y el silencio como revelador del consentimiento; el cuarto por error de derecho en la interpretación de la prueba por inaplicación del art. 354 CC; el quinto por inaplicación de los arts. 1 C.Com. y 1667 CC; y el sexto por inaplicación de los arts. 1278 y 1279 CC en relación con el art. 50 C.Com.

SEXTO.- Personada la actora como recurrida por medio del Procurador D. Fernando Aragón Martín, evacuado por el Ministerio Fiscal el trámite del art. 1709 LEC con la fórmula de "visto" y admitido el recurso por Auto de 12 de mayo de 1998, la mencionada parte recurrida presentó su escrito de impugnación solicitando se desestimara el recurso, se confirmara la sentencia recurrida y se impusieran las costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 11 de septiembre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de este recurso de casación se entabló entre dos hermanos, herederos únicos de sus padres, por un negocio de alimentación al por menor (ultramarinos) que en tiempos había sido de los padres y varias parcelas de suelo rústico que figuraban a nombre de la madre.

En la demanda se pedía, al amparo del art. 1079 CC, la condena del demandado a incluir en la herencia de sus padres los bienes constituidos por el negocio y las fincas, a incluir en la herencia de la madre los frutos y rentas del mismo negocio desde el fallecimiento de la causante, mediante la oportuna rendición de cuentas, y a practicar con la hermana demandante la partición suplementaria de las referidas herencias para repartir y adjudicar los bienes incluidos.

La actora fundaba sus peticiones en que dichos bienes habían sido omitidos tanto en la escritura de manifestación y aceptación de la herencia del padre, otorgada el 15 de enero de 1985, como en la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de la madre, otorgada el 30 de julio de 1986, aunque en la primera de ellas sí se había inventariado el local de negocio o tienda para adjudicar una mitad indivisa en pleno dominio y el usufructo vitalicio de la otra mitad a la viuda del causante, es decir a la madre de los hermanos litigantes, y la nuda propiedad de la otra mitad indivisa a éstos, si bien mediante escritura pública de 2 de diciembre de 1985, intermedia entre esas otras dos, la madre había transmitido sus participaciones indivisas sobre el referido local y otras fincas incluidas en la herencia del padre a los hermanos litigantes por partes iguales. Se decía también que el negocio de alimentación al por menor instalado en el local había sido explotado por la madre hasta su fallecimiento y que a partir de entonces lo venía explotando el hermano demandado pese a los requerimientos de la hermana demandante para que regularizara su titularidad jurídica y le rindiera cuentas.

Las parcelas de suelo rústico dejaron en seguida de ser conflictivas porque en su contestación a la demanda el hermano demandado alegó desconocer siquiera su existencia, no oponiéndose a incluirlas en la partición pero sí destacando que por su escasísimo valor no eran sino un pretexto de su hermana para privarle del negocio que constituía el medio de vida del demandado y que le pertenecía desde el año 1981, viviendo todavía el padre, razón por la cual nunca se había incluido en el caudal relicto de éste ni se había mencionado en ninguna



de las tres escrituras acompañadas con la demanda. Centrado, pues, el litigio en el negocio de alimentación, el demandado opuso la caducidad de la acción de rescisión de la partición, ya que la demanda se había presentado el 31 de marzo de 1993; que su hermana demandante siempre había conocido la existencia del negocio sin reclamar derecho alguno sobre él; que en la venta de madre a hijos de 2 de diciembre de 1985 se mencionó expresamente el local pero no el negocio porque la actora sabía que no le correspondía; que por la misma razón no se aludió al negocio en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de la madre y, en fin, que el negocio giraba a todos los efectos a nombre exclusivo del demandado desde el año 1981, pagando él tanto los impuestos y licencias correspondientes como la seguridad social de los trabajadores e incluyendo los rendimientos del negocio en su declaración de la renta.

La sentencia de primera instancia, tras rechazar la caducidad de la acción por no instarse en la demanda rescisión de partición alguna sino la adición o complemento de unas particiones ya realizadas, abordó en primer término la posible consideración del negocio como bien colacionable, apuntada por la actora en los fundamentos jurídicos de su demanda, pero la descartó por ser la colación un acto previo a la partición, no corresponderse lo pedido en la demanda con los efectos de la colación previstos en el art. 1047 CC y no caber una pretensión de colación sin impugnación simultánea de las particiones realizadas, ya que en otro caso se burlaría el plazo de ejercicio tanto de la acción de rescisión como de la de anulabilidad de la partición. En cuanto a la acción de complemento o adición de la partición, se acogía sólo en cuanto a las parcelas, cuestión no controvertida, pero no en lo demás, razonando que el negocio no se encontraba en el caudal relicto porque en el año 1981 había sido cedido por el padre de ambos litigantes al demandado, quien desde entonces lo explotaba y ostentaba su titularidad a todos los efectos, a lo que se añadía que según la prueba testifical dicha cesión no había sido gratuita, que en cualquier caso la demandante siempre había estado al margen de la actividad negocial, que la no inclusión del negocio en el haber hereditario del padre y luego de la madre suponía el reconocimiento de que no era un bien partible por pertenecer exclusivamente al demandado desde el año 1981 y, en definitiva, que la intervención de la actora en las particiones hereditarias de las herencias del padre y de la madre indicaba su conformidad con el reparto de los bienes tal y como se había hecho, de suerte que, dado el carácter contractual de la partición, el silencio de la actora suponía su consentimiento y cualquier defecto al prestarlo habría exigido el ejercicio de la acción de anulabilidad dentro del plazo legal de cuatro años.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia lo acogió, para estimar la demanda en su integridad, razonando que la impugnación versaba sobre el complemento de la partición de la herencia de la madre con el inmueble y negocio de tienda de alimentación; que la cuestión estribaba en aclarar tanto la naturaleza del negocio como si antes de fallecer los padres de los litigantes había mediado una venta al demandado o, por el contrario, una cesión gratuita, supuesto este último en el que procedería la adición de la partición por tratarse de un bien colacionable; que en la escritura pública de 15 de enero de 1985 (aceptación y adjudicación de herencia tras morir el padre de los litigantes) "se describían los bienes dejados a su fallecimiento por D..., entre ellos el que es objeto de litigio, de naturaleza ganancial, adjudicándose la mitad indivisa en pleno dominio la viuda del causante en pago de la mitad de los bienes gananciales y el usufructo de la otra mitad correspondiendo su nuda propiedad a los hijos"; que por escritura pública de 2 de diciembre de 1985 (venta de partes indivisas por la madre de los litigantes a éstos), Dª... "vendió dicha mitad indivisa adquirida por ella en pleno dominio a sus dos hijos"; que tras fallecer la madre, los dos litigantes habían otorgado el 30 de julio de 1986 otra escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia "sin hacer referencia alguna en ella al inmueble y local de negocio en cuestión, pese a las adjudicaciones efectuadas previo el inventario reseñado en dicho instrumento público"; que de la prueba practicada no se desprendía que la cesión del negocio al demandado hubiera sido mediante precio, máxime a la vista del valor del negocio, entre veinticuatro y treinta y cuatro millones de pesetas hasta el año 1986 y de unos cincuenta y un millones de pesetas a la fecha de presentación de la demanda; que la no inclusión del negocio en la partición de la herencia de la madre constituía precisamente el supuesto fáctico de la acción de complemento ejercitada, pues para el art. 1079 CC es indiferente que la omisión sea voluntaria o involuntaria; que el fundamento de la acción era precisamente la falta de adjudicación de cosas integrantes del caudal hereditario; que conforme a los arts. 1063 y 1049 CC el demandado tenía que rendir cuentas a la actora y abonarle frutos e intereses; y que el silencio de la demandante en las particiones realizadas no podía tomarse como un acto propio impeditivo de su reclamación.

Contra esta sentencia de apelación ha recurrido en casación el demandado mediante seis motivos amparados en el art. 1692 LEC de 1881, todos ellos, salvo el segundo, en su ordinal 4º.

SEGUNDO.- Por elementales razones de método debe comenzarse el estudio del recurso por su motivo segundo, que es el formulado al amparo del ordinal 3º de dicho art. 1692 para denunciar incongruencia de la sentencia impugnada por haber alterado la causa de pedir al tomar como punto de partida manifiestamente erróneo que la apelación versaba sobre el negocio de alimentación y el inmueble en que éste radicaba, cuando bien claro resulta que el objeto del litigio era única y exclusivamente el negocio.



El motivo ha de ser desestimado porque, si bien es cierto el error de la sentencia recurrida, del que se tratará en su momento, no lo es menos que dicho error no fue determinante de incongruencia, pues el fallo se ajustó a lo pedido en la demanda, pronunciándose únicamente sobre el negocio, no sobre el local, y de los razonamientos jurídicos se desprende que la demanda se estimó, básicamente, por las razones aducidas en ésta, es decir, la omisión del negocio en la partición y la falta de prueba del carácter oneroso de la cesión del negocio por el padre al hijo, lo que a su vez comportaba que se tratara de un bien colacionable a incluir en la partición.

TERCERO.- Corresponde examinar ahora el motivo primero, amparado ya como todos los demás en el ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881 y fundado en infracción del art. 1214 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta porque, según el recurrente, la sentencia impugnada, al imponerle la carga de probar que la cesión del negocio a su favor había sido onerosa, habría vulnerado la jurisprudencia que exige que quien aduce la omisión de objetos y valores en la partición hereditaria la pruebe.

También este motivo ha de ser desestimado por ser doctrina reiteradísima de esta Sala que el art. 1214 CC resulta inidóneo para sustentar un motivo de casación cuando las declaraciones fácticas del tribunal sentenciador se funden en pruebas efectivamente practicadas, cual sucede en este caso según permite comprobar la motivación de la sentencia recurrida cuando descarta el carácter oneroso de la transmisión del negocio tras un análisis de la prueba documental y una crítica de la prueba testifical, afirmando la pertenencia del negocio litigioso a la herencia con base en la prueba documental.

CUARTO.- Cumple estudiar a continuación el motivo tercero del recurso, fundado en error de derecho en la "interpretación" de la prueba, al no haberse aplicado el art. 1218 CC en cuanto a las declaraciones de los otorgantes en los documentos públicos obrantes en el pleito, y en "infracción de la teoría jurisprudencial de la declaración en relación al art. 1058 del Código Civil y el silencio como revelador del consentimiento".

Según el recurrente, la sentencia impugnada parte del error de que el silencio de la demandante sobre el negocio litigioso sólo se produjo en la última de las escrituras públicas, sin considerar que tampoco en las otras dos anteriores dicho negocio había sido mencionado, por lo que dicha sentencia no atribuye significado alguno a la pasividad de la demandante en esas dos escrituras públicas anteriores pese a la naturaleza contractual de la partición, reconocida por la jurisprudencia de esta Sala.

Pues bien, este motivo, aun cuando no constituya precisamente un modelo de rigor formal ya que mezcla el alegado error de derecho en la apreciación de la prueba con unas consecuencias jurídicas diferentes de lo que sería la estricta rectificación del error denunciado, ha de ser estimado por ser patente la equivocación del tribunal sentenciador al exponer el contenido de las dos primeras escrituras públicas que como documentos fundamentales se aportaron con la demanda, equivocación que lastró su fundamentación desde un principio como ya se ha apuntado al tratar del motivo segundo.

Declara el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada que por la escritura pública de aceptación y adjudicación de la herencia del padre de los litigantes, de fecha 15 de enero de 1985 y otorgada por éstos con su madre viuda, se describían los bienes dejados por el causante, "entre ellos el que es objeto de litigio, de naturaleza ganancial, adjudicándose la mitad indivisa en pleno dominio la viuda del causante en pago de la mitad de los bienes gananciales y el usufructo de la otra mitad correspondiendo su nuda propiedad a los hijos. Por otra escritura pública del siguiente 2-12-1985 Dª... vendió dicha mitad indivisa adquirida por ella en pleno dominio a sus dos hijos -los aquí litigantes- correspondiéndoles una cuarta parte indivisa en pleno dominio y por el precio de 7.174.930 ptas. Al fallecer, a su vez, Dª... el 4-2-1986 con 61 años de edad y a causa de un cáncer, los dos hijos comunes otorgaron ante el fedatario público antes referido con fecha 30-7-1986 otra escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia sin hacer referencia alguna en ella al inmueble y local de negocio en cuestión pese a las adjudicaciones efectuadas previo el inventario reseñado en dicho instrumento público".

Sin embargo nada hay más lejos de la realidad. Cierto es que en la última de dichas escrituras no se hizo referencia alguna al "inmueble y local de negocio en cuestión", pero no menos cierto es que tampoco en las dos escrituras precedentes se había mencionado en absoluto el bien "objeto de litigio", esto es el negocio de alimentación al por menor, ya que como su sola lectura permite comprobar los otorgantes se refirieron única y exclusivamente al local, denominado tienda número 2, en que radicaba el negocio litigioso, nunca al negocio mismo. Es más, si la propia demanda pide que el negocio se incluya en la herencia de sus fallecidos padres y los frutos y rentas del mismo solamente en la herencia de la madre, y si la propia sentencia impugnada así lo acuerda, será porque ni la propia actora ni la sentencia impugnada entienden que el negocio litigioso estuviera en realidad incluido en las dos primeras escrituras. Y que efectivamente tal inclusión no se produjo lo demuestra por sí solo el contenido de tales escrituras: la primera, de aceptación y adjudicación de la de la herencia del padre de los litigantes otorgada el 15 de enero de 1985 por éstos y su madre viuda, liquida la sociedad de gananciales y la herencia del fallecido adjudicando a su viuda la mitad indivisa, en pleno



dominio, de todas y cada una de las fincas inventariadas y el usufructo de otra mitad indivisa de las mismas fincas, y a los hermanos litigantes la nuda propiedad de una mitad indivisa de todas y cada una de las fincas inventariadas, entre las que se encontraba el local denominado tienda, junto con dos pisos, otro local comercial, un apartamento y una casa en Madrid capital, así como una vivienda unifamiliar y un pajar en un pueblo de la provincia; y la segunda, de compraventa otorgada por las mismas personas el 2 de diciembre de 1985, lleva a cabo la transmisión a los hoy litigantes por su madre de la mitad indivisa que a ésta le pertenecía en pleno dominio de cada una de las fincas que se detallan, transmitiendo a cada uno de sus hijos una cuarta parte "en pleno dominio", fincas entre las que se encontraba el local denominado tienda, junto con uno de los pisos, el apartamento y la casa de Madrid, así como la vivienda unifamiliar y el pajar del pueblo. De ahí, en fin, que la tercera escritura, de aceptación y adjudicación de la herencia de la madre, otorgada por los hermanos litigantes el 30 de julio de 1986, solamente mencionara como bienes dejados al fallecimiento de la causante una mitad indivisa del piso y local comercial restantes, no vendidos en la escritura anterior, junto con noventa acciones y el ajuar doméstico.

En consecuencia la sentencia impugnada infringió el art. 1218 CC al atribuir a las declaraciones de los otorgantes, en un proceso seguido entre éstos, un contenido distinto del que efectivamente tenían.

QUINTO.- Debiendo resolver ahora esta Sala lo que corresponda conforme al art. 1715.1-3º LEC de 1881, es claro que ha de sentarse como hecho probado que el negocio litigioso no se incluyó en la herencia del padre ni en la venta hecha posteriormente por la madre a los hoy litigantes, desvaneciéndose así también el inicial error de planteamiento de la sentencia impugnada de que el litigio versaba sobre el "el inmueble y negocio", pues no menos claro resulta que la demanda nada pedía en relación con el inmueble y que el negocio litigioso no puede entenderse comprendido en el local objeto de las dos primeras escrituras, ni identificado con el mismo, porque de ser así la demandante no habría pedido su inclusión en la herencia del padre, ya que el local de negocio sí aparecía incluido en ella, ni habría limitado el devengo inicial de sus frutos y rentas a la fecha del fallecimiento de la madre, ya que su derecho habría nacido antes, es decir, remontándose a la adquisición en pleno dominio, por compraventa, de la mitad de lo adjudicado en la primera escritura a su madre.

La conclusión de todo ello no puede ser otra que la de no pertenecer el negocio litigioso al caudal relicto del padre porque desde el año 1981 era de la exclusiva titularidad del demandado, según demuestran hasta la saciedad todos los documentos al respecto, y, además, que ésta fue la razón de que dicho negocio no se mencionara en las dos primeras escrituras ni, lógicamente, tampoco en la tercera, de suerte que no hubo omisión en esta última tras mención en las dos primeras como erróneamente entiende la sentencia recurrida. Y la solución jurídica procedente a partir de esos hechos tiene que ser necesariamente la de la sentencia de primera instancia, porque si bien es cierto que algunas sentencias de esta Sala muestran un criterio flexible al permitir que por la vía del art. 1079 CC pueda verificarse la obligación de colacionar incluso en un momento posterior a la partición (así, STS 19-6-78), no lo es menos, de un lado, que la demanda solamente aludió a la colación en sus fundamentos jurídicos, citando los arts. 1035 y 1036 CC pero sin pedir ninguno de sus efectos propios según los arts. 1045 a 1050 CC; de otro, que según la jurisprudencia de esta Sala, coincidente con un autorizado sector de la doctrina científica, la adición contemplada en el art. 1079 CC está indicada cuando los bienes omitidos sean de poca importancia en el conjunto de la herencia ( STS 15-2-88), cual sucedía en el caso litigioso con las parcelas de suelo rústico, pero no cuando la omisión se dé respecto de bienes importantes, en cuyo caso lo procedente es la acción de anulabilidad ( SSTS 7-1-75 y 31-5-80), importancia que no cabe negar al negocio litigioso a la vista de las valoraciones que constata la sentencia recurrida y el planteamiento de la propia actora en su demanda; y finalmente, que precisamente por eso, y como atinadamente se razona en la sentencia de primera instancia, el art. 1079 CC no puede servir de amparo para, años después de la partición y vencido con mucho el plazo de ejercicio de las acciones de rescisión por lesión y anulabilidad de la misma, suplir su falta de ejercicio en tiempo y forma mediante una petición de complemento o adición que a su vez encubre la de una obligación de colacionar posterior en muchos años a la partición, es decir, precisamente cuando por el fallecimiento de ambos progenitores años atrás nada podían éstos aportar sobre el posible carácter oneroso de la transmisión del negocio al demandado, quien por su parte veía notablemente acrecentadas por el transcurso del tiempo sus dificultades para lograr una prueba plena, como parece exigir la sentencia recurrida, del carácter oneroso de su adquisición del negocio.

SEXTO.- Procediendo por todo ello desestimar la demanda en cuanto al negocio de alimentación al por menor y resolver por tanto en el mismo sentido que la sentencia de primera instancia, quedando a salvo desde luego todos los derechos de la actora sobre el local en que dicho negocio radica, resulta innecesario examinar los otros tres motivos del recurso del demandado.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas de las instancias, sobre las que esta Sala debe resolver aplicando las reglas generales según el art. 1715.2 LEC de 1881, no procede especial imposición de las de primera instancia, conforme al art. 523 de la misma, porque la demanda fue estimada en cuanto a la adición de las parcelas,



mientras que las de la segunda instancia deben ser impuestas a la actora-apelante, conforme al párrafo segundo del art. 710 de idéntica ley, porque su recurso tenía que haber sido desestimado.

OCTAVO.- En cuanto a las costas del recurso de casación, su estimación comporta que conforme al art. 1715.2 LEC de 1881, no deban imponerse especialmente a ninguna de las partes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

1º.- HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, en nombre y representación de D. Luis Manuel , contra la sentencia dictada con fecha 3 de marzo de 1997 por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 747/95.

2º.- CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA, que se deja sin efecto, y en su lugar CONFIRMAR LA DE PRIMERA INSTANCIA, incluido su pronunciamiento sobre costas.

3º.- Imponer a la actora-apelante Dª Guadalupe las costas de la segunda instancia.

4º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-José Almagro Nosete.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Francisco Marín Castán.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.