

Roj: **STS 2764/2003** - ECLI: **ES:TS:2003:2764**Id Cendoj: **28079110012003101787**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/04/2003**Nº de Recurso: **2616/1997**Nº de Resolución: **397/2003**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 4 de junio de 1997, como consecuencia del juicio declarativo de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pola de Siero sobre acción de disolución de comunidad de bienes y otros conceptos, interpuesto por Dña. Melisa y Doña Celestina, representadas por el Procurador, D. Antonio de Palma Villalón, siendo parte recurrida Dª María Dolores y Dª Margarita, representadas por el Procurador, D. Alberto Pérez Ambite.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Pola de Siero, Dña. Melisa y Doña Celestina, promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Dª María Dolores, D. Jose Pedro, Dª Margarita y contra los legatarios de D. Benedicto sobre acción de disolución de comunidad de bienes y otros conceptos en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvieron por conveniente, terminaron suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "1º) Haber lugar a la disolución de la Comunidad de Bienes existente entre los actores y demandados constituida en la escritura de 23/12/1988 ante el Notario de Madrid, D. Jose Luís Alvarez Alvarez, que es el doc. nº 1 de la demanda y respecto a todos los bienes inmuebles, valores, dinero y demás que se inventarían en la misma, procedentes de las herencias de sus padres D. Benedicto y su esposa Dña. Rocío, con formación de los correspondientes lotes, previo avalúo de todos los bienes. Todo lo cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia.- 2º) Que a efectos de formación de lotes en la disolución de dicha Comunidad de Bienes se tendrá en cuenta lo expuesto en el hecho tercero de la demanda, es decir, que la finca llamada DIRECCION000 descrita en el apartado Ñ) de aquella escritura de 23/12/1988, doc. nº 1 de la demanda, se adjudicará a las tres hermanas, Dña. María Dolores, Dña. Celestina y Dña. Melisa, demandada y demandantes en este juicio, formando tres lotes, en los que se adjudique la parte correspondiente de dicha finca así como una vivienda a la actora Doña Celestina, o sea, la situada en el centro de las tres viviendas allí existentes; y la otra vivienda de la izquierda entrando se adjudique a la actora Dña. Melisa, por tener ya en su poder jurídico la demandada Dña. María Dolores la tercera vivienda de la derecha entrando, por haberle sido entregada en vida de sus padres y causantes (cuyo valor es objeto de petición colación, en el apartado 3º de esta Súplica) y adjudicándoles, asimismo, como elementos comunes de dichas tres viviendas, el camino de acceso a las mismas desde la antigua carretera de Oviedo a Torrelavega, así como la antojana existente delante de las viviendas y la zona común de servicios de dichas viviendas, formada por los edificios auxiliares y antojana de acceso a los mismos que se expresan en el hecho tercero de esta demanda.- Alternativamente, para el caso de que la demandada Dña. María Dolores no acepte esa adjudicación como elemento común de dicha antojana, camino y zona de servicios formada por los edificios auxiliares y su antonaja, que se dejan dichos, se adjudique la misma como elemento común de las dos viviendas, cuya adjudicación se solicita para las actoras, y según se deja expresado, en el apartado anterior.- 3º) Y en cuanto al resto de los bienes, formar asimismo los lotes que correspondan a los interesados en esta



Comunidad, todo ello con arreglo a la participación de cada uno de ellos, según se expresa en el apartado 1º de esta Súplica y previa valoración que se efectúe en ejecución de sentencia.- 4º) Que ha lugar a adicionar y a colacionar en la herencia de los causantes D. Benedicto y Dña. Rocío, el valor de los bienes recibidos en vida de dichos causantes o de uno de ellos, por los herederos Dña. María Dolores y D. Jose Pedro, la primera en escritura de fecha 26 de octubre de 1963, doc. nº 7 de la demanda de los inmuebles que constan en ella, y en el recibo de fecha 4/7/1949, doc. nº 8 de la demanda, relativo a noventa mil pesos mejicanos, estimando su valor en pesetas; y el segundo D. Jose Pedro los inmuebles que constan en la Escritura de fecha 27/05/1986, doc. nº 9 de la demanda (Hechos 3º y 4º de la demanda); adicionando a tales Herencias, el valor de dichos bienes, al tiempo en que se evalúen los mismos, debiendo dichos Dña. María Dolores y D. Jose Pedro pagar o compensar al resto de los herederos las cantidades que resulten a su favor conforme a su haber hereditario en el citado valor de los bienes, conforme a los arts. 1035, 1044, 1047 y concordantes del C.c.- Lo cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia.- 5º) Y que respecto a las 350 acciones del heredero ya fallecido D. Benedicto en la Sociedad Inmobiliaria Aramil, S.A., domiciliada en Méjico, D.F. y que son objeto de legado en su testamento de 16 de febrero de 1988, según se expresa en el hecho 6º de esta demanda, procede su distribución y adjudicación por cuartas e iguales partes entre los cuatro legatarios, las actoras y los demandados Dña. María Dolores y D. Jose Pedro. Lo que se llevará a cabo en ejecución de sentencia."

Admitida a trámite la demanda y comparecidas las demandadas, Dña. María Dolores y Dña. Margarita, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, formuló reconvencción, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "en razón a las excepciones y defensas expuestas, absuelva a sus representadas de todos los pedimentos de aquella y por contra, admitiendo la reconvencción formulada, se dicte sentencia, por la que se declare: 1º) Que la reconviniendo Dña. María Dolores, que actúa por sí y en beneficio de las sociedad de gananciales que forma con su esposo D. Pedro Jesús, es dueña en pleno dominio con carácter ganancial, de las fincas descritas a los números 1 y 2 del ordinal primero y la descrita al ordinal tercero de la demanda reconvenccional, en la forma en que se describen en las respectivas escrituras de compraventa y que aparecen inscritas en el Registro de la Propiedad de Pola de Siero; y que las manifestaciones notariales de 22 de diciembre de 1988 reconociendo la propiedad de 350 acciones a los hermanos Benedicto Jose Pedro Celestina Melisa María Dolores, de la Sociedad Mercantil Anónima Inmobiliaria Aramil, S.A. son nulas de pleno derecho, y por tanto sin efecto legal alguno, debiendo los reconvenidos pasar por dichas declaraciones, imponiéndoles las costas de la reconvencción."

Comparecido el demandado, D. Jose Pedro, su defensa y representación legal presentó escrito allanándose a la demanda.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 27 de enero de 1996, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por Dña. Isabel García Alonso, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de Dña. Melisa y Dña. Celestina, contra Dña. María Dolores, Dña. Margarita, representadas por D. José María Secades de Diego, Procurador de los Tribunales, y D. Jose Pedro, representado por D. Angel Alonso de la Torre, Procurador de los Tribunales, y de igual modo la reconvencción formulada por D. Jose Mª Secades de Diego, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Dña. María Dolores, que actúa por sí y en beneficio de su sociedad de gananciales con D. Pedro Jesús, contra Dña. Melisa y Dña. Celestina, representadas por Dña. Isabel García Alonso, Procuradora de los Tribunales, debo declarar y declaro, en consecuencia, haber lugar a la disolución de la comunidad de bienes existente entre las partes, constituida en escritura de 23/12/1988, otorgada ante el Notario de Madrid, D. Jose Luís Alvarez Alvarez y respecto a todos los bienes inmuebles, valores, dinero y demás que en la misma se inventarían, procedentes de las herencias de sus padres, D. Benedicto y su esposa Dña. Rocío, la cual en ejecución de sentencia se llevará a cabo con formación de los correspondientes lotes, previo avalúo de todos los bienes, de conformidad con lo establecido en los arts. 1061 y ss. del C.c., debiendo traer a colación Dña. María Dolores los noventa mil pesos mejicanos que en el recibo de 4 de julio de 1949 figuran y D. Jose Pedro los bienes inmuebles que se relacionan en la escritura de fecha 27 de mayo de 1986, y que Dña. María Dolores es dueña en pleno dominio de los inmuebles que constan en las escrituras de 26 de octubre de 1963 y de 3 de noviembre de 1994, absolviendo, por tanto, a los litigantes de las demás pretensiones contra ellos ejercitadas, absolución que en la instancia es respecto del legado establecido en su testamento de 16 de febrero de 1988 por D. Benedicto, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas judiciales causadas en la tramitación del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia en fecha 4 de junio de 1997, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª Melisa y Dª Celestina contra la sentencia dictada el 27 de enero de 1996 por el Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Siero de Pola, la que se revoca en los siguientes extremos: 1º) Dejar sin efecto el



pronunciamiento en que se declara que Doña María Dolores es dueña en pleno dominio de los inmuebles que constan en las escrituras de 26 de octubre de 1963 y de 3 de noviembre de 1994; 2º) no procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas devengadas por la demanda imponiendo a la reconviniente las generadas por su reconvención. Se confirma el resto de los pronunciamientos de la recurrida. No procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada."

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales, D. Antonio de Palma Villalón, en nombre y representación de Dña. Melisa y Doña Celestina, se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 1692,3º LEC., por infracción del art. 359 LEC.. Segundo.- Con base en el art. 1692,4º, por considerar infringido el art. 1035 del C.c. y jurisprudencia que lo interpreta. Tercero.- Con apoyo en el art. 1692,4º por infracción por no aplicación de los arts. 1253, 1281,2º y 1282 todos del C.c., sobre el valor de las presunciones e interpretación de los contratos. Cuarto.- Al amparo del art. 1692,4º LEC., por infracción del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicable sobre la existencia de litis consorcio pasivo en que incurre la sentencia.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, la representación de la parte recurrida, presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de abril y hora de las 10,30, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como consecuencia del fallecimiento de los cónyuges, Don Benedicto y Doña Rocío, sus hijos y herederos constituyeron una comunidad de bienes mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid, Don Jose Luís Alvarez Alvarez, el 23 de diciembre de 1988.

Con data de 1 de septiembre de 1994, pero presentada el 1 de diciembre de dicho año, Doña Melisa y Doña Celestina, ambas vecinas de Madrid, representadas por Procurador y asistidas de Letrado, presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pola de Siero (Asturias) demanda de juicio declarativo de menor cuantía (370/84) en la que postulaban, frente a los demandados, Doña María Dolores, Doña Margarita y Don Jose Pedro, una sentencia que declarase: 1º) Haber lugar a la disolución de la Comunidad de Bienes existente entre los actores y demandados constituida en la escritura de 23/12/1988 ante el Notario de Madrid, D. Jose Luís Alvarez Alvarez, que es el doc. nº 1 de la demanda y respecto a todos los bienes inmuebles, valores, dinero y demás que se inventarían en la misma, procedentes de las herencias de sus padres D. Benedicto y su esposa Dña. Rocío, con formación de los correspondientes lotes, previo avalúo de todos los bienes. Todo lo cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia.- 2º) Que a efectos de formación de lotes en la disolución de dicha Comunidad de Bienes se tendrá en cuenta lo expuesto en el hecho tercero de la demanda, es decir, que la finca llamada DIRECCION000 descrita en el apartado Ñ) de aquella escritura de 23/12/1988, doc. nº 1 de la demanda, se adjudicará a las tres hermanas, Dña. María Dolores, Dña. Celestina y Dña. Melisa, demandada y demandantes en este juicio, formando tres lotes, en los que se adjudique la parte correspondiente de dicha finca así como una vivienda a la actora Doña Celestina, o sea, la situada en el centro de las tres viviendas allí existentes; y la otra vivienda de la izquierda entrando se adjudique a la actora Dña. Melisa, por tener ya en su poder jurídico la demandada Dña. María Dolores la tercera vivienda de la derecha entrando, por haberle sido entregada en vida de sus padres y causantes (cuyo valor es objeto de petición colación, en el apartado 3º de esta Súplica) y adjudicándoles, asimismo, como elementos comunes de dichas tres viviendas, el camino de acceso a las mismas desde la antigua carretera de Oviedo a Torrelavega, así como la antojana existente delante de las viviendas y la zona común de servicios de dichas viviendas, formada por los edificios auxiliares y antojana de acceso a los mismos que se expresan en el hecho tercero de esta demanda.- Alternativamente, para el caso de que la demandada Dña. María Dolores no acepte esa adjudicación como elemento común de dicha antojana, camino y zona de servicios formada por los edificios auxiliares y su antojana, que se dejan dichos, se adjudique la misma como elemento común de las dos viviendas, cuya adjudicación se solicita para las actoras, y según se deja expresado, en el apartado anterior.- 3º) Y en cuanto al resto de los bienes, formar asimismo los lotes que correspondan a los interesados en esta Comunidad, todo ello con arreglo a la participación de cada uno de ellos, según se expresa en el apartado 1º) de esta Súplica y previa valoración que se efectúe en ejecución de sentencia.- 4º) Que ha lugar a adicionar y a colacionar en la herencia de los causantes D. Benedicto y Dña. Rocío, el valor de los bienes recibidos en vida de dichos causantes o de uno de ellos, por los herederos Dña. María Dolores y D. Jose Pedro, la primera en escritura de fecha 26 de octubre de 1963, doc. nº 7 de la demanda de los inmuebles que constan en ella, y en el recibo de fecha 4/7/1949, doc. nº 8 de la demanda, relativo a noventa mil pesos mejicanos, estimando su valor en pesetas; y el segundo



D. Jose Pedro los inmuebles que constan en la Escritura de fecha 27/05/1986, doc. nº 9 de la demanda (Hechos 3º y 4º de la demanda); adicionando a tales Herencias, el valor de dichos bienes, al tiempo en que se evalúen los mismos, debiendo dichos Dña. María Dolores y D. Jose Pedro pagar o compensar al resto de los herederos las cantidades que resulten a su favor conforme a su haber hereditario en el citado valor de los bienes, conforme a los arts. 1035, 1044, 1047 y concordantes del C.c.- Lo cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia.- 5º) Y que respecto a las 350 acciones del heredero ya fallecido D. Benedicto en la Sociedad Inmobiliaria Aramil, S.A., domiciliada en Méjico, D.F. y que son objeto de legado en su testamento de 16 de febrero de 1988, según se expresa en el hecho 6º de esta demanda, procede su distribución y adjudicación por cuartas e iguales partes entre los cuatro legatarios, las actoras y los demandados Dña. María Dolores y D. Jose Pedro . Lo que se llevará a cabo en ejecución de sentencia.

En dicho proceso la representación y defensa conjunta de las demandadas, Doña María Dolores y Doña Margarita , formuló reconvencción y asimismo Don Jose Pedro se allanó a la demanda.

Seguido el juicio sus trámites, el 27 de enero de 1996, el Juzgado dictó sentencia estimatoria parcial de la demanda y declaró, en consecuencia, haber lugar a la disolución de la comunidad de bienes existente entre las partes, la cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia, debiendo traer a colación Doña María Dolores los noventa mil pesos mejicanos que figuran en el recibo de 4 de julio de 1949 y Don Jose Pedro los bienes inmuebles que se relacionan en la escritura de 27 de mayo de 1986 y que Doña María Dolores es dueña en pleno dominio de los inmuebles que constan en las escrituras de 26 de octubre de 1963 y 3 de noviembre de 1994, absolviendo a los demás litigantes de las pretensiones contra ellos ejercitadas.

Contra dicho fallo de primer grado, promovió la conjunta representación de Doña Melisa y Doña Celestina impugnación por vía de apelación, y la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo en su sentencia de 4 de junio de 1997 estimó parcialmente el recurso de apelación y revocó la de primer grado en los siguientes extremos: 1º) Deja sin efecto el pronunciamiento en que se declara que Doña María Dolores es dueña en pleno dominio de los inmuebles que constan en las escrituras de 26 de octubre de 1963 y de 3 de noviembre de 1994. 2º) No procede hacer expresa declaración sobre las costas devengadas en la demanda e imponiendo a la reconviniente las de su reconvencción y no hace declaración sobre las del recurso de apelación.

Dicha sentencia ha sido impugnada por un recurso extraordinario de casación promovido por la representación y defensa de las hermanas Doña Melisa y Doña Celestina articulado en cinco motivos que, salvo el primero que se acoge al cauce procesal del nº 3º del art. 1692 LEC. y que aduce infracción del art. 359 de dicha ley procesal, los demás lo hacen al nº 4º. El segundo estima infracción del art. 1035 del Código civil; el tercero, infracción por no aplicación de los artículos 1253, 1281,2 y 1282 del Código civil; el cuarto, referido a la jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo y el quinto y último, sobre la jurisprudencia de la Sala sobre los legados de cosa específica y determinada y, en concreto, por infracción del art. 882 del Código civil.

SEGUNDO.- Parte el motivo, al que ya se ha hecho mención, que en la súplica de la demanda y en el pedimento nº 4º se hacía constar: "4º) Que ha lugar a adicionar y colacionar en la herencia de los causantes... el valor de los bienes recibidos en vida de dichos causantes o de uno de ellos por los herederos... D. Jose Pedro ... en la escritura de fecha 27 de mayo de 1926", documento nº 9 de la demanda", pues bién, en la sentencia del Juzgado se declaró, pues la de la Audiencia no entró en tal cuestión, "debido traer... a colación... D. Jose Pedro los bienes que se relacionan en la escritura de 27 de mayo de 1986". Entiende el motivo que tal declaración del fallo no se ajusta a lo pedido, porque ha de traerse a colación el valor de los bienes recibidos de los causantes o de uno de ellos, que en tal caso no son dichos inmuebles en su totalidad, sino exclusivamente lo recibido en dicha escritura pública de su madre que es solamente un tercio de usufructo de las fincas descritas en dicha escritura.

El motivo parece inexcusablemente. Habiéndose allanado a la demanda, el citado Don Jose Pedro y aquietado con el fallo de primer grado, resulta firme su parte dispositiva.

Por otra parte, este punto del pedimento cuarto de la demanda de los recurrentes se encuentra en contradicción con el pedimento 4º referido a la colación del valor de los inmuebles de la escritura de 27 de mayo de 1986 y del previo ordinal quinto de la demanda: "También fueron donadas por parte de la causante, Doña Rocío , al otro hijo de los causantes y demandado Don Jose Pedro , con la misma obligación por parte del mismo de traer a la herencia por colación, en los términos antes dichos las fincas siguientes: 1. Rústica llamada Tierra de la Secada.... de 33,60 áreas. 2. Casa de piso bajo y alto con su desván, bodega y portal, corral y pajar señalada con el nº 6 en término de la Secada, parroquia de Feleches, Siero... 3. Rústica o prado llamada Huerta delante de casa de 14.45 áreas..." Y añade la demanda "cuyas fincas figuran como vendidas al citado D. Jose Pedro en escritura de 27 de mayo de 1986... pero que realmente fueron donadas..." allanándose el citado Don Jose Pedro , como ha quedado expuesto y habiendo sido apelante, la ahora recurrente en casación pero no habiendo impugnado en la alzada tal proveído, el motivo no puede prosperar nunca.



TERCERO.- El motivo segundo estima infringido el art. 1035 del Código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta. Viene referido el motivo al rechazo por la sentencia a quo, relativo al valor de los bienes recibidos por la demandada, Doña María Dolores en escritura de 26 de octubre de 1963. Entiende el motivo en su desarrollo, que el citado art. 1035 no puede interpretarse como hace la sentencia a quo. Estima que no se opone tal precepto a que se verifique en momento posterior a la partición de bienes practicada y cita las sentencias de esta Sala de 29 de marzo y 10 de octubre de 1958 y de 19 de junio de 1978.

Hay que comenzar señalando que el párrafo que utiliza, la recurrente en su motivo extractado de la sentencia a quo, aparece amputado, pues a más de señalar lo que transcribe ahora la impugnante en casación, añade que tales bienes fueron adquiridos por compraventa de la demandada a su padre y si pretende que estamos ante una donación debió ejercitar la acción de nulidad frente a todos los que resulten perjudicados por la resolución que se dicte, con cita de la sentencia de 25 de julio de 1994. Pues bién, esta Sala añade que la obligación de colacionar queda limitada a los bienes recibidos por dote, donación u otro título lucrativo y no alcanza a los adquiridos del causante por título oneroso en contrato válido y eficaz, como ha proclamado la sentencia de 6 de abril de 1998, por lo que el motivo tiene que perecer, pues aunque se aceptase que tal obiter dictum tenía virtualidad para ser impugnado casacionalmente, lo que desde luego se niega, pues no se excluye de lo afirmado, ni las rectificaciones, ni las operaciones complementarias para dar virtualidad al precepto que se dice conculcado, no alcanzarían nunca a una compraventa que es un contrato oneroso, por este cauce, debiendo haberse utilizado la vía de la nulidad, mucho más cuando tales bienes no se declaran propiedad del causante por su esposa con motivo de su fallecimiento -documento nº 6 de la demanda donde no aparecen como propiedad de Don Benedicto .

CUARTO.- El motivo tercero parte de que nos hallamos ante una simulación relativa y frente a lo afirmado rotundamente por la sentencia a quo, de que debió acudir a una acción de nulidad, pues en tanto que no sea declarado nulo el contrato, surte sus efectos, plantea el motivo infracción por no aplicación, de los artículos 1253, 1281,2 y 1282 del Código civil. Lo primero que hay que consignar es que el art. 1253 del Código civil no ha podido ser vulnerado, ni en su aplicación, ni en su no aplicación, porque no resulta obligatorio para el juzgador tener que acudir a este medio y no hay necesidad de acudir a la prueba de presunciones si existen otras pruebas directas - sentencias de 12 de junio de 1987, 16 de febrero de 1991, 4 de marzo y 18 de diciembre de 1997-. Resulta excepcional que pueda impugnarse en casación haberse omitido su empleo - como aquí ocurre- a menos que hubiese sido propuesta por las partes y discutida en el pleito - sentencias de 21 de octubre y 9 de diciembre de 1982 y 26 de junio de 1984- lo que no acontece en esta litis. Por tanto, tal precepto no ha podido ser infringido, como se aduce en el motivo.

Con relación a los artículos 1281,2 y 1282 del Código civil, esta Sala tiene repetido hasta el cansancio, que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia y tal criterio prevalece, a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda - sentencias de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983- o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquellos, pero sin que pueda pretenderse sustituir por el criterio del recurrente la interpretación rechazada - sentencias, entre otras muchas, de 30 de octubre y 22 de noviembre de 1982, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986-. No resultan ilógicas las afirmaciones que hace la sentencia a quo, pero aún aceptando que esto sea posible y que se analice, utiliza como argumento de donación y no compraventa el que el padre contrate sólo con su hija y no comparezca el esposo de ésta y ya, perdido todo buen sentido, se llega a afirmar que lo recogido en la escritura por la apoderada del transmitente que ha recibido con anterioridad el precio a manos de su hija supone algo en contra de la realidad de la compraventa y, finalmente, que se hace constar en la estipulación segunda que acepta la venta. Mas la cosa llega a extremos insospechados cuando afirma que la pretensión de colación lleva implícita que se declare tal donación encubierta.

El motivo tiene que perecer inexcusablemente por el cúmulo de irregularidades, errores y defectos.

QUINTO.- El cuarto motivo, por el mismo cauce de los precedentes, del nº 4º del art. 1692 LEC. alega infracción de la jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo, al apreciar su existencia. Hace referencia el motivo a lo declarado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia a quo, al apreciar su existencia, relativo a que "para concluir que nos hallamos no ante una compraventa, sino ante una donación, debieron los actores ejercitar frente a todos los que resulten perjudicados por la resolución que se dicte la acción de nulidad de la simulación...".

Entiende que se está refiriendo al esposo de Doña María Dolores , que no ha sido demandada en estos autos, pero la colación, en su caso, se extenderá a lo que haya adquirido por donación aquella heredera forzosa solamente, sin que existe perjuicio para el esposo de la misma.

El motivo perece por tratarse de una cuestión nueva no ventilada en la instancia y que no constituyó tema del recurso de apelación. Así se explicita y proclama en el fundamento de derecho segundo de la sentencia a



quo. Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al derecho de defensa y van contra los principios de audiencia bilateral y congruencia - sentencias por todas, de 5 de junio y 20 de noviembre de 1990, 3 de abril, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo, 14 de junio, 31 de julio y 4 de diciembre de 2000, 12 de febrero, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, entre otras muchas-. Pero la recurrente pretende con este motivo mezclar e involucrar lo declarado en la sentencia de la Audiencia en el fundamento de derecho jurídico segundo relativo a la necesidad de las actoras de ejercitar la nulidad de la escritura de 26 de octubre de 1963, con la falta de litisconsorcio pasivo necesario que ahora se invoca, siendo así que la proclamada en la sentencia de primer grado se refiere al legado de 350 acciones de la Sociedad Inmobiliaria Aramil S.A.

Preciso era para demostrar que la escritura de compraventa encubría una donación precisa del ejercicio de la acción de nulidad por simulacro ya que mientras ello no aconteciera presentaba virtualidad la escritura notarial y subsiguiente inscripción y por tratarse de contrato oneroso afectaba a la sociedad conyugal.

El motivo debe perecer por ello.

SEXTO.- El quinto y último motivo del recurso hace referencia a la infracción del ordenamiento jurídico y jurisprudencia de esta Sala sobre los legados de cosa específica y determinada y su entrega a los legatarios y en concreto la infracción del art. 882 del Código civil. Se refiere el motivo al legado de acciones de la Inmobiliaria Aramil S.A. dispuesto por Don Benedicto , hermano de los litigantes en su testamento de 16 de febrero de 1988 ante el Notario de Madrid, Don Antonio de la Esperanza en el que lega a sus hermanos, D. Jose Pedro , D. Claudio (esto premurió al testador) Doña María Dolores , Doña Melisa y Doña Celestina relativo a "las acciones de Inmobiliaria Aramil S.A. sita en Méjico... facultando en el último párrafo de dicha cláusula Segunda a los legatarios para posesionarse por ellos mismos del legado.

Aunque la propia sentencia reconoce que los legatarios han sido autorizados por el testador para posesionarse del legado, como la demandada niega que el legado sea propiedad del testador, esta negativa obliga a que tal cuestión sea debatida estando presentes todos lo herederos.

Ello es combatido en el motivo: 1º. Porque se trata de una simple negativa sin prueba alguna. 2º. Porque la propia doña María Dolores pide en la súplica de la reconvencción que se declare la nulidad de las actas notariales de 23 de diciembre de 1988, en las que tienen reconocida titularidad sobre las citadas acciones. 3º. Porque ha reconocido en su confesión que ha reconocido un documento en que reconoce que las acciones corresponden a su madre, a Don Benedicto y demás hermanos.

Hay que tener en cuenta al respecto que Don Benedicto designó varios legados a sus hermanos políticos, doña Cristina y Don Luis Manuel - Disposición 2ª a) folio 112 vº- y otros en favor de sus hermanos, pero en la Disposición 3ª constituye herederos a sus cuñados, Dña Cristina y Don Luis Manuel y a sus hermanos Don Jose Pedro , don Claudio , Doña María Dolores , Doña Celestina y Doña Melisa ". Estos herederos son los llamados a integrar los referidos legados. Como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del código civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 del C.c.) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y sigts. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia "sine qua non" para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado.

En este sentido, ya la resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de septiembre de 1987 ha señalado que tratándose de una herencia a que están llamadas diferentes personas, no puede uno solo de los llamados -sin constarle la renuncia de los demás- hacer entrega del legado de cosa específica, pues no sólo él, sino todos los herederos están grabados con el legado y sin el consentimiento de las personas gravadas no podrá el legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa o derechos legados.

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

**FALLAMOS**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación procesal de Dña. Melisa y Doña Celestina , frente a la sentencia pronunciada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 de junio de 1997, en autos de juicio declarativo de menor cuantía tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pola de Siero (nº 370/94) condenando a las partes recurrentes al pago de las costas ocasionadas en este recurso. Y en su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL.- LUIS MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ.- JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ.-Firmada y Rubricada.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL