

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA
y MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

OPCIÓN DE COMPRA: EL OPTATARIO QUEDA OBLIGADO DESDE QUE RECIBE LA MANIFESTACIÓN POSITIVA. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina jurisprudencial civil viene estableciendo de forma reiterada que la opción de venta, al carecer de propia regulación en el Código Civil, se configura como una relación jurídica atípica y que tiene un precisado desarrollo dinámico, ya que se exige que el optante ejercite dentro del plazo convenido el denominado derecho de opción proyectado a la compraventa convenida, y que actúa a modo de facultad derivada y de condición dispositiva, prestando así de forma expresa y vinculante para el concedente, su consentimiento, que aunque postergado, se actualiza de esta manera y determina la consumación o extinción de la opción, por cuanto el *optatario*, una vez recibida la manifestación positiva del interesado en este sentido, queda obligado, y debe cumplir con lo que se comprometió y también a su cooperación para la celebración formal del contrato de compraventa, que surge desde dicho momento, pues basta la expresión de voluntad del optante para que dicha compraventa quede perfeccionada y en estado de ejecución, sin precisar de nuevos convenios posteriores y de tal manera que las discrepancias o incidencias que puedan surgir después entre los contratantes hay que residenciarlas, como dice la Sentencia de 22 de noviembre de 1993, en el ámbito del cumplimiento del contrato de compraventa perfeccionado y único, ya realizado y vinculante para las partes, pues existe concurrencia de consentimientos del vendedor y comprador, objeto y precio.

EL COMPRADOR DE UN BIEN CON RESERVA DE DOMINIO PUEDE EJERCITAR LA TERCERÍA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La compraventa estudiada contiene cláusula de reserva de dominio a favor de la parte vendedora, pero ello no impide que al comprador le alcance la condición de tercerista y la legitimación necesaria para postular el levantamiento del embargo que produjo la Hacienda Pública.

Los requisitos que exige el artículo 609 en relación al 1.095 del Código Civil de la concurrencia de título y modo de adquirir, se dan en el supuesto de autos, pues el documento privado opera como instrumento acreditativo suficiente para la adquisición de lo comprado. A su vez también se dio la *traditio* o entrega de la cosa. Al asistir a la relación contractual la perfección legal exigida, la tercería resulta de procedencia, con independencia de que la adquisición se haya realizado por documento privado o público y que haya causado o no inscripción registral, pues es de equidad y de estricta justicia que el comprador tenga garantizados sus derechos, sobre todo cuando es fiel al contrato y cumple escrupulosamente los términos del mismo, blindándolo frente a las manipulaciones de actos dispositivos que pudiera llevar a cabo el vendedor, así como a la ejecutoriedad de las deudas.

La doctrina de esta Sala ha declarado la plena validez de las cláusulas de venta con reserva de dominio, que no afectan a la perfección del contrato, que tiene lugar plena y vinculante, si bien su conclusión definitiva se produce cuando el precio resulta totalmente desembolsado, pero sin que ello suponga ataque a la transmisión ya operada, que priva sólo de la libre disposición del bien comprado bajo condición suspensiva, pero no dificulta a ejercitar los derechos y acciones, poseyendo en tanto el comprador el bien comprado, no como simple detentador, sino como efectivo y real poseedor legítimo a título de dueño.

DISTINCIÓN ENTRE CULPA CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La distinción entre culpa extracontractual y contractual parte de que la primera representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, mientras que la segunda presupone una relación jurídica preexistente.

Cuando los contendientes están ligados por un vínculo contractual, expreso, tácito o incluso presunto, entran en juego los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil y no se aplicará, por tanto, los preceptos de la responsabilidad extracontractual, pues ambas responsabilidades tienen sustanciales diferencias, sobre todo en materia de prescripción.

Resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y por tanto el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en relaciones de Derecho privado.

EL ARRENDATARIO QUE DESALOJA LA FINCA ARRENDADA HA DE PAGAR LA TOTALIDAD DE LA RENTA QUE QUEDARE POR CUMPLIR. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 regula el supuesto de que si el arrendatario desaloja la finca arrendada, se establece la indemnización al arrendador con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que según el contrato quedare por cumplir. Esta indemnización se valora por el legislador sin que pueda exceder del importe de las rentas que hubieran podido devengarse, ni tampoco ser reducida en función de la valoración concreta de los perjuicios ocasionados al arrendador, lo cual constituye, evidentemente, una especialidad respecto a lo establecido para casos de incumplimiento contractual en el Código Civil.

Es irrelevante el hecho de que la arrendadora haya arrendado de nuevo su local, ya que tal acontecimiento no se contempla en la Ley que, contrariamente, objetiva el importe de la indemnización, abstrayéndolo de cual sea el de los perjuicios realmente causados, y es que la decisión unilateral adoptada por la arrendataria conlleva *ex lege* la consecuencia prevista en el artículo 56.

Ha de rechazarse la alegación de enriquecimiento injusto, pues éste ha de referirse a adquisiciones patrimoniales que no se correspondan con una causa válida de atribución, lo que no acontece en este caso en que la conducta de la demandada da lugar a la indemnización procedente con base en un precepto legal, siendo el enriquecimiento injusto incompatible con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular. Tampoco se aprecia el abuso de derecho, pues debería venir determinado por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima y la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, no concurrentes en el caso en que tampoco hay fundamento para entender que la demandante actuó de mala fe, por cuanto su comportamiento ha sido el justo y adecuado para obtener una indemnización legalmente procedente.

NO ES EXIGIBLE LA ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DE UNA DONACIÓN DE INMUEBLE EN DOCUMENTO PRIVADO, YA QUE ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Las donaciones de bienes inmuebles no tienen valor, ni por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren, si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación —pura y simple, onerosa, remuneratoria— siempre que se refiera a bienes raíces, como así lo tiene dicho esta Sala en Sentencia de 1-12-1964, cuando expresa que el contrato de donación, sea puro y simple, oneroso o modal, no se rige por el principio de forma que consagra, como regla general, el artículo 1.278 CC, sino que tiene sus normas propias contenidas en el artículo 633 de dicho cuerpo legal, el que categóricamente ordena que para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública.

La posesión de inmuebles donados por documento privado carece, incluso, de idoneidad para posibilitar la adquisición del dominio de los mismos por usucapión, al no tratarse de una posesión en concepto de dueño. La expresada doctrina ha de llevarnos a rechazar la espúrea tesis que pretende atribuir

eficacia transmisiva del dominio a las donaciones de inmuebles hechas en documento privado, cuando se trate de donaciones no puras y simples, sino remuneratorias u onerosas.

El tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de nulidad absoluta, con las consecuencias de ser insubsanable e imprescriptible la acción para pedirla.

No es válida, pues, la teoría de que otorgada la donación de inmueble en documento privado es exigible su elevación a escritura pública.

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 CC son: la preexistencia de una alegación entre las partes, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos.

NO CABE LA TERCERÍA DE DOMINIO SOBRE BIENES EX-GANANCIALES, SI DE LA DEUDA RESPONDÍA LA SOCIEDAD CONYUGAL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Un comerciante, casado en gananciales, contrajo una deuda con Hacienda por diversos impuestos no pagados. Los consortes otorgaron capítulos matrimoniales, pactando la separación de bienes, y adjudicaron el bien embargado al cónyuge no deudor —la esposa—. Esta interpone tercería de dominio frente a la Administración del Estado, que es rechazada por el TS.

Doctrina de la Sentencia.—Partiendo de las tesis fácticas inmutables, que son las de la posterioridad de la variación del régimen de gananciales al nacimiento de las deudas que causaron los embargos y la buena fe de la Administración del Estado a cuya instancia se produjeron aquéllos, goza de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala, sentada entre otras muchas en Sentencias de 5 de junio de 1989 y 2 de abril de 1990, de acuerdo con las cuales, en estos supuestos son de aplicación los artículos 1.317 y 1.333, habida cuenta de la doctrina que en los mismos se establece, tendente a proteger los derechos de terceros de buena fe, por lo que la modificación pactada sólo puede perjudicar desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros, toda vez que cualquier otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que más beneficioso fuera para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de los terceros que con ellos contratasen.

Comentario.—Las capitulaciones matrimoniales, como cualquier pacto o contrato, no pueden alterar ni menoscabar derechos ya adquiridos por personas (terceros) que no han intervenido en dichas convenciones. VÁZQUEZ IRUZU-BIETA alega en defensa de su postura contraria a la mutabilidad de las capitulaciones que la sociedad conyugal no puede convertirse en un instrumento apropiado para eludir las responsabilidades de los cónyuges, y añade que en

la práctica cotidiana cada modificación capitular está orientada a burlar los derechos crediticios de los terceros. Y, efectivamente, estos cambios del régimen matrimonial originan gran cantidad de pleitos, retrasos y complicaciones, con los consiguientes trastornos para los adquirentes de buena fe.

LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL REQUIERE CIERTO GRADO DE CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir, y sin excluir de modo absoluto el clásico principio de la responsabilidad culposa.

Una correcta aplicación del artículo 1.902 CC requiere inexcusablemente la concurrencia de cierto grado de culpabilidad en la conducta del conductor en aquellos supuestos que originen un daño efectivo como consecuencia de la conducción y circulación de vehículos de motor, con lo que adquiere valor primordial, en cada caso, el resultado probatorio.

Si la causa del accidente no fue imputable al conductor del vehículo y sí a una actitud negligente de la víctima, quiebra por completo el requisito del nexo causal que necesariamente ha de concurrir en orden a la existencia de la responsabilidad por culpa extracontractual que contempla el artículo 1.902 CC.

DIFERENCIA ENTRE DONACIÓN REMUNERATORIA Y MODAL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La donación remuneratoria opera para recompensar al donatario servicios, asistencias y actividades realizadas, tanto pasadas como presentes y continuadas, en beneficio del donante. El agradecimiento de éste es la causa que motiva la cesión sin precio alguno de bienes que realiza.

La donación modal es la que se adapta a las previsiones de los artículos 642 y 643 del Código Civil, es decir, aquélla en la que se impone al donatario la obligación de llevar a cabo el pago de deudas del donante, que de esta manera se libera de las mismas.

LA ENTREGA DE UNA LETRA DE CAMBIO NO OPERA COMO PAGO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La entrega como pago de una letra de cambio, con vencimiento determinado, opera sólo como efectivo pago cuando éste materialmente se realiza, salvo que por culpa del acreedor se hubiera perjudicado la cambial y así lo declara el artículo 1.170 CC. La simple entrega del efecto carece de valor y sirve sólo para integrar pago aplazado, sirviendo de constancia escrita e instrumento para que el mismo se cumpla en conformidad. Si el pago no tiene lugar, la deuda subsiste.

No es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado y voluntad decidida de ocasionar una situación de incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una actitud obstativa a la finalidad del negocio en los términos en que se pactó, frustrando el fin específico perseguido en el mismo por la contraparte.

LA PROTECCIÓN DEL ARTICULO 34 LH NO DERIVA DEL ASIENTO POR EL QUE INSCRIBE EL ADQUIRENTE, SINO DE LOS ANTERIORES. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Es de observar, con la Sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 1985, sin duda inspirada en el aforismo y principio de derecho *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*, que el contenido registral por el que entra en juego la protección del artículo 34, no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que pregonan en su caso con presunción *iuris et de iure* que el Registro es exacto e íntegro, cualquiera que sea la realidad extrarregistral.

LA CONDENA PUEDE SER SUSTITUIDA POR SU EQUIVALENTE PECUNIARIO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Según declara el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17-10-1991, tan constitucional es una ejecución de sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo, como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario. Esta Sala ha afrontado la cuestión para declarar que si la obligación de transmitir la cosa en forma específica no es posible, se transforma en cumplimiento por equivalente, solución que no significa incurrir en incongruencia, por tratarse de decisión que posibilita la ejecución del fallo, lo integra y se acomoda sustancialmente a lo pedido, de acuerdo con las normas legales, al acogerse estados que son complementarios y se presentan necesarios para satisfacer las pretensiones justas que se acogen.

Cuando concurre pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, extensible cuando éste no aporta la utilidad, servicios o prestaciones con que se adquirió, causando efectiva insatisfacción al comprador, procede la indemnización de daños y perjuicios consecuentes.

DECLARA PROBADO QUE EN UNA SITUACIÓN DE UNION DE HECHO EXTRAMATRIMONIALEXISTÍA UNA SOCIEDAD CIVIL TACITA DE CARÁCTER UNIVERSAL. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Don José y doña Carmen convivieron *more uxorio* durante al menos seis años. Después se separaron y don José se casó con doña Karina, con quien tuvo un hijo. Fallecido don José, doña Carmen demanda a doña Karina y a su hijo, menor de edad, solicitando que se declare que los bienes adquiridos por don José durante su convivencia con ella tienen el carácter de gananciales. La demanda prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Conocida es la doctrina de esta Sala (sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando la imposibilidad de aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicables a las primeras las normas reguladoras de esta institución. De ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, para comprobar la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos o los *facta concludentia*, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.

El Juzgador *a quo* está declarando la existencia entre los convivientes de una sociedad civil irregular de carácter universal que de acuerdo con el artículo 1.669, párrafo segundo del Código Civil habrá de referirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y siguientes CC), por lo que se calificuen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas, o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo.

Comentario.—El Código Civil no exige que las manifestaciones de voluntad constitutivas de sociedad sean expresas. Así PAZ-ARES RODRÍGUEZ señala que gran parte de las sociedades civiles que registra el tráfico se constituyen informalmente de manera oral. Pero, ¿estamos ante una sociedad civil irregular? Entendemos con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que la comunidad de vida que de hecho existe entre las dos personas se traduce en lo económico en un cierto consorcio de hecho, con una posible puesta en común de bienes, pero esto no puede ser considerado una sociedad civil, pues la causa de la puesta en común no es, como en las repetidas sociedades civiles, la obtención de un lucro, sino atender a las necesidades de la vida en común.

Además, en la compleja cuestión de las relaciones patrimoniales de las parejas no casadas, la norma general es el principio de separación patrimonial, y hay que evitar, como dice GALLEGO DOMÍNGUEZ, que dicho principio se vea alterado y abandonado de modo fácil y ligero.

Porque lo que resulta absurdo es que unos cónyuges casados en régimen de separación de bienes, tengan menos derechos patrimoniales que unos convivientes no casados.

NO TIENE CARÁCTER MERCANTIL LA RELACIÓN QUE UNE A UN RESTAURANTE CON SUS CLIENTES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Los asistentes a una comida que se celebraba en un restaurante resultaron intoxicados por salmonella. La sociedad propietaria de dicho restaurante es condenada a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Sostiene la parte recurrente que el contrato que la relaciona con los recurridos, en la condición de clientes de su res-

taurante el día de los hechos, presenta naturaleza de compraventa mercantil.

El contrato de referencia, que es conocido como de hostelería, se caracteriza por el suministro de mercaderías alimenticias para su consumo inmediato por los usuarios a cambio de compensación monetaria, comprendiéndose a su vez la prestación y ocupación del establecimiento y servicios auxiliares como iluminación, calefacción, higiénicos o similares, lo que caracteriza dicho contrato como atípico, en el que predomina la venta de los alimentos que se sirven y el arrendamiento de los servicios aportados para la más adecuada ejecución del convenio.

La sentencia de apelación no lo consideró como un propio y efectivo contrato mercantil de compraventa, y así el artículo 326-1.º del Código de Comercio parece pregonarlo, ya que priva de la nota de mercantilidad a las compras de efectos destinados al consumo del comprador y por ello, con acusada ausencia de fines empresariales, industriales o negociales, habiéndose mantenido jurisprudencialmente el carácter civil de las ventas para uso y consumo que las agotan. En todo caso, no se trata de mera y definida compraventa, sino de contrato dotado de atipicidad, como se deja dicho, en el que predominan las notas que caracterizan los negocios civiles.

LOS BIENES GANANCIALES RESPONDEN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS CON ANTERIORIDAD A LAS CAPITULACIONES EN QUE SE PACTA EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—No se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales, y después adjudicados a la esposa en las capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, modificación que no puede perjudicar en ningún caso tales derechos. Existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece en estos casos por el hecho de la atribución, lo que determina que, aun después de la disolución, puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen incluso sido adjudicados al cónyuge no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del artículo 1.401 CC.

LA PROMESA BILATERAL DE COMPRA Y VENTA ES DIFERENCIABLE DE LA COMPRAVENTA DEFINITIVA. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Resulta plenamente diferenciable la promesa bilateral de compra y venta de un contrato definitivo de compraventa, extremo que depende de la voluntad de los interesados y de los pactos a través de los cuales hayan constituido sus recíprocas relaciones, si bien la jurisprudencia ha distinguido siempre entre la promesa bilateral de vender y comprar y el contrato de compraventa; ya la Sentencia de 10 de marzo de 1986, señala la especialidad de la situación jurídica de la promesa en que las partes se comprometen a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, auténtica ley de bases del siguiente y cuya fuerza vinculante queda atemperada a su esencia de «obligarse a obligarse», con lo que nuestro ordenamiento jurídico no sigue el principio de equivalencia a la compraventa acogido en el Código

Civil francés, pues el proyecto de Código Civil de 1851 ya se cuidó de resaltar diferencias entre la promesa de vender y la venta misma, exigiendo la lógica que la voluntad de los contratantes sea respetada, distinguiendo el contrato definitivo de compraventa de las meras promesas de compraventa, aplicando al primero las reglas de este específico contrato y a la segunda simplemente las normas generales relativas a las obligaciones y contratos.

ESTÁN INCLUIDOS EN LA GARANTÍA DECENAL LOS DEFECTOS QUE SON CONSECUENCIA DE OTROS APARECIDOS DENTRO DE ESE PLAZO. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo estima que no se puede condenar a la reparación de daños o desperfectos surgidos con posterioridad al plazo de garantía de diez años, sino sólo a los que se acreditan que son anteriores a la fecha en que terminó el plazo en cuestión. Pero se ignora con ello el concepto de ruina y la naturaleza progresiva de la sucesiva aparición de nuevos defectos si los primigenios no son corregidos. En efecto, doctrina reiterada del Tribunal Supremo distingue en materia de deficiencias que puede presentar la obra conforme al artículo 1.591, los graves defectos que llevan a la ruina, y además otros defectos que no conducen a la ruina del edificio de una manera inmediata, sino pasado el tiempo (Sentencia de 10-11-1994). No cabe duda, por ello, que si los primeros defectos comprobados surgen en tiempo de garantía, los posteriores que son consecuencia lógica de aquéllos no queden excluidos de la obligación de reparar o indemnizar.

EL MANDATO PUEDE CONCEDERSE DE FORMA TACITA. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La validez del mandato viene determinada por la existencia del consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se manifieste: expresa o tácita, por escrito o verbal. No puede con posterioridad el mandante ir contra sus propios actos productores de efectos jurídicos y negar el mandato en perjuicio de terceros.

Es también doctrina conocida que la falta de escritura pública en los contratos en que se exija tal requisito de forma por el artículo 1.280, no les resta eficacia si concurren en su otorgamiento las condiciones esenciales para su validez, pudiendo pronunciarse la existencia de un contrato sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL CUANDO LA ADMINISTRACIÓN ACUDE A LA «VIA DE HECHO». (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando la Administración pública adopta contra un particular alguna medida o resolución, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello, es decir, cuando acude a la llamada «vía de hecho» sin cobertura procedimental alguna, cabe contra dicha resolución o medida meramente fáctica el correspondiente interdicto ante la Jurisdicción civil, por lo que de las consecuencias derivadas de la sentencia estimatoria del expresado interdicto de recobrar, ha de conocer también la jurisdicción civil.

LA RESPONSABILIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN ES, EN PRINCIPIO, INDIVIDUAL. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de los vicios ruínógenos de que adolezca la obra edificada (art. 1.591 CC), es en principio, y como regía general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el proceso edificativo, pues el artículo 1.591, acorde con la diferenciación de tareas profesionales, distingue la doble hipótesis de ruina por vicio de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto, y sólo cuando el suceso ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina ocasionada por la conjunción de causas, de modo que resulta imposible discernir específicas responsabilidades de técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación.

EMBARGO PREVENTIVO. TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El embargo preventivo está al servicio de una acción principal cuya ejecución trata de garantizar con la misma eficacia que si la sentencia se hubiera obtenido el mismo día de la traba, pero, naturalmente, cuando la sentencia llega y es condenatoria, nada aconseja que se alce, pues, firme la sentencia, puede irse directamente a la vía del apremio de ejecución por transformación.

La tercería de dominio tiene por objeto liberar del embargo bienes individualmente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, para lo que se ha de tener presente la situación de su dominio existente en la fecha en la que la traba fue practicada, sin que se puedan tomar en consideración para ese juicio situaciones surgidas con posterioridad.

PRELACION DE CRÉDITOS: PREFERENCIA DE LAS PÓLIZAS QUE REFLEJAN UNA DEUDA EXIGIBLE. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Respecto al apartado a) del artículo 1.924-3.º, las escrituras públicas de que habla deben equipararse a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio o Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1.218 del Código Civil, 93 del Código de Comercio y 596 de la LEC, ahora bien, la preferencia a que se refiere dicho apartado es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo en tales casos referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación y fijación o determinación del saldo deudor.

EL RIESGO NO PUEDE ERIGIRSE EN FUNDAMENTO ÚNICO DE LA OBLIGACIÓN DE RESARCIR. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1995.)

Hechos.—Un empleado de una fundición cometió una imprudencia y sufrió graves lesiones él mismo. Demanda a la empresa, que es absuelta.

Doctrina de la Sentencia.—Señala la jurisprudencia de esta Sala que, para imputar la culpabilidad como consecuencia de determinada conducta o actividad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un elemento subjetivo, representado por un hacer u omitir algo que se encuentra fuera de las normas de cautela y previsión establecidas por el ordenamiento y socialmente aceptadas, siendo de señalar a estos efectos que en la interpretación que actualmente prima para la aplicación de estas normas se tienen en cuenta los principios de la previsión del riesgo que puede derivar del empleo del medio productor del evento; b) la producción de un resultado dañoso, habiéndose atenuado el inicial criterio subjetivista del precepto a través de una cierta subjetivación; c) un adecuado nexo causal.

El riesgo no puede erigirse en el campo civil en fundamento único de la obligación de resarcir.

EL DEMANDADO QUE HA SIDO CONDENADO NO PUEDE SOLICITAR LA CONDENA DE OTRO CODEMANDADO. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta sala tiene reiteradamente declarado en numerosas Sentencias, entre otras las de 24-10-1990 y 23-11-1994, que el demandado que resultó condenado en la instancia no puede solicitar en este recurso la condena de otros demandados que fueron absueltos; porque ello supondría una alteración de la relación jurídica constituida por la demanda y contestación a ella, sin que el proceso y su escrito inicial puedan ser tergiversados por la circunstancia de que un demandado solicite la condena de un codemandado, lo que sería absurdo y contrario al carácter de orden público de regulación de los procesos civiles.

LA INCLUSIÓN DEL CRÉDITO AVALADO EN EL CONVENIO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS NO DESVIRTÚA LA OBLIGACIÓN DEL AVALISTA. REQUISITOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del convenio desvirtúa la obligación resultante del aval, salvo en el caso de que el acreedor se conforme con no cobrar más de lo que le corresponda en la liquidación y repartimientos hechos en las diligencias de la suspensión de pagos.

Entre los requisitos que condicionan la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana no figura precisamente el de que la enajenación de bienes, produc-

tora de la insolvencia del deudor, haya de tener lugar necesariamente después de que el acreedor haya promovido el proceso correspondiente contra dicho deudor en reclamación del pago de la deuda, pues puede haberlo sido con anterioridad a la promoción de dicho proceso, siempre que, como es obvio, concurren los verdaderos requisitos exigidos para el éxito de dicha acción, que son los siguientes: la existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra de que enajena la cosa; realización de un acto por virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

COMPRAVENTA: LA ENTREGA DE UNA COSA POR OTRA CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO SI LO ENTREGADO ES INSERVIBLE. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien se ha declarado que en los casos de compraventa la entrega de una cosa por otra (*aliudpro alio*) constituye incumplimiento, ello presupone la entrega de una cosa inservible, lo que en modo alguno puede sostenerse en el presente caso. Con ello no se frustraron las legítimas expectativas de la parte ahora recurrente. Tampoco es aceptable aplicar al caso discutido la doctrina jurídica de los vicios en la compraventa, puesto que es menester que los vicios hagan impropio el objeto de la compraventa; la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significaría incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio.

SE APLICA EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN LOS SUPUESTOS DE CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1995.)

Hechos.—Dos inspectores de policía circulaban por una autopista a gran velocidad, en un vehículo oficial y efectuando un servicio; el coche se salió en una curva y dio varias vueltas de campana. El conductor murió en el acto y su acompañante sufrió gravísimas lesiones. El superviviente demanda al Estado, que es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Las acciones negligentes o imprudentes del conductor del vehículo oficial no infringen o vulneran una disposición administrativa, ni acto concreto de la Administración sujeto al Derecho administrativo, sino una relación de orden privado que, aunque pueda generar responsabilidad patrimonial del Estado, será exigible con fundamento en el derecho civil, y como cuestión de tal orden, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Los actos culposos y negligentes causados por conductores de vehículos, tanto públicos como privados, deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. No se está ante el funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino ante la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil, que, cuando surja contienda, ha de resolverse ante la jurisdicción ordinaria.

Si bien el artículo 1.902 CC descansa en un principio culpabilístico, existe una presunción *iuris tantum* de culpa imputable al autor de los daños, siendo

éste quien, por inversión de la carga de la prueba, es el llamado a producirla si quiere exonerarse de responsabilidad. Al lado de esta presunción de culpa, esta Sala, por hechos de la circulación de vehículos de motor, aplica el principio de responsabilidad por riesgo, prescindiendo de la culpa de las personas que la manejan, por estimarse que el uso del automóvil implica de por sí un riesgo suficiente de suyo para hacer surgir esa responsabilidad, a salvo el caso de que la propia víctima se interfiera en la cadena causal.

LA FIGURA DEL PRECONTRATO REQUIERE UNA APLICACIÓN RESTRINGIDA. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El discutido artículo 1.451 CC, en el que se contempla la figura del «precontrato o de la promesa de venta», requiere para su aplicación una interpretación restringida, a la par que cautelosa, dado su carácter excepcional.

Es igualmente doctrina jurisprudencial la de que para determinar si en estos casos nos hallamos a presencia de una compraventa, de un «precontrato», o de una «promesa de venta», se hace preciso atender a la voluntad de las partes, la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato.

Aun cuando constituya una declaración jurisprudencial evidente que la calificación jurídica de la voluntad contractual de las partes es función privativa de los tribunales de instancia, no lo es menos que ello tiene como excepción que la misma sea contraria a las normas de la hermenéutica contractual.

OPCIÓN DE COMPRA: ES NECESARIO QUE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL OPTANTE LLEGUE A CONOCIMIENTO DEL VENDEDOR DENTRO DEL PLAZO. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La compraventa no queda perfecta por la sola manifestación de voluntad del optante dentro del plazo, sino que es necesario que llegue a conocimiento del vendedor dentro de dicho plazo, ya que debe conocer si ha quedado libre o no de disponer de la cosa objeto de la opción, y porque hasta la finalización del plazo, y no más lejos, dura su vinculación con el optante. Aplicando el artículo 1.262-2 CC, la venta no se entiende perfeccionada hasta que el oferente no conoce la aceptación. Esta Sala tiene declarado que tal conocimiento hay que darlo por existente desde el momento en que fue posible, porque el oferente hubiese actuado con una diligencia media, y que la opción caduca cuando llega a conocimiento del vendedor fuera de plazo. Es carga del optante al ejercitar la opción, la de emplear los medios adecuados a este fin, sin que en ningún caso pueda imputar al concedente o vendedor el fallo de esos medios.

J. Q. S.

DIFERENCIACIÓN ENTRE CAUSA DEL NEGOCIO Y MOTIVOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1995.)

Hechos.—Doña Natividad vende al Obispado de Bilbao una finca para construir en la misma la nueva y futura Iglesia Parroquial de Lemona.

Doctrina de la Sentencia.—Estamos ante un contrato de compraventa puro y simple, no sujeto a condición, donde debe diferenciarse entre la «causa» del negocio y los «motivos» de la compraventa, no pudiendo por menos de insistir que la causa, cual acontece en este tipo de contratos, viene determinada para el vendedor por la percepción del precio y respecto del comprador por la entrega de la cosa, que es precisamente lo que impulsa al primero a vender y al segundo a adquirir, siendo de imposible estimación la alegación de la actora-recurrente de que existe en el referido contrato una condición.

VALIDEZ DE LAS HIPOTECAS CONSTITUIDAS POR UN PRESIDENTE DE COOPERATIVA SIN PODER EXISTENTE CON UN ENTE BANCARIO PRESTAMISTA DE BUENA FE, EN BASE A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DEL COMERCIO. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La falta de cualquier concesión de todo poder al presidente para hipotecar bienes de la Cooperativa es de una evidencia cegadora, y en este sentido existe infracción del artículo 1.713 del Código Civil, que acarrearía la nulidad absoluta de las hipotecas que gravitan sobre aquellos bienes y la libertad de tales cargas que indebidamente soportan. No obstante, el haber actuado la Caja prestamista de buena fe y al haber confiado en los poderes que decía el presidente de la Cooperativa le había concedido la Junta General, han de mantenerse las hipotecas por la necesaria protección de la seguridad jurídica y del comercio, desestimándose la infracción del artículo 1.713 del Código Civil en cuanto que se alega para fundar la petición de nulidad de las hipotecas, sin perjuicio de las acciones que a los cooperativistas-recurrentes les corresponda contra el presidente de la Cooperativa y sin que pueda exigírseles ninguna ratificación de lo actuado por él, ante la Caja prestamista para obtener la escritura pública de las viviendas, ni tampoco puede entenderse que implica esa ratificación la aceptación (necesaria e inexcusable por razones de validez frente a tercero de buena fe) de las hipotecas.

CORRESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE LOS ARQUITECTOS EN BASE AL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad de la empresa constructora por los vicios constructivos, consecuencia de la mala ejecución de la obra, no exime de la responsabilidad solidaria de los arquitectos, pues su intervención no se limitó a la mera confección del proyecto, puesto que también asumieron la dirección de las obras, salvo que se quiera reducir tal misión a una actividad meramente testimonial, lo cual no se aviene con el Real Decreto de 17 de junio de 1977, puesto que esa dirección debe abarcar también la vigilancia de aquellos aspectos defectuosos de la obra que por sus características, extensión y generalidad necesariamente sobresalen en cualquier tipo de inspección.

LA FORMA DEL NEGOCIO DISIMULADO SERA LA PROPIA DEL SIMULADO.
(SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bajo la existencia del negocio simulado —compraventa— existe el negocio disimulado —donación—, la forma de éste será la propia del simulado, y, si es la exigida por la Ley para el tipo de negocio a que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente. De esta manera, la exigencia de escritura pública para la donación se cumple aplicando lo que el Notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el Notario estaba autorizando un contrato de donación. Así se cumplen las exigencias de los artículos 630 y 633 del Código Civil, al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores que comparecieron personalmente al otorgamiento de las respectivas escrituras.

COMPATIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL Y DEL RECARGO EXISTENTE
EN LA HOJA DE ENCARGO CONTENIDOS EN LA RELACIÓN CONTRAC-
TUAL CONOCIDA COMO «CONTRATO DE ARQUITECTO». (SENTENCIA DE 2
DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Debe hacerse efectiva la cláusula penal redactada en un contrato de arrendamiento de servicios —contrato de arquitecto— donde las partes pactaron como recargo de los honorarios del arquitecto el incremento del 20 por 100 por renuncia de la propiedad, pues se deriva de una constatada situación incumplidora, voluntariamente decidida y asumida, imputable al propietario, ya que el arquitecto cumplió con su cometido de redacción del proyecto básico y si no pudo realizar la dirección y ejecución de la obra fue debido a que los trabajos constructivos no se iniciaron. También resulta de aplicación el recargo procedente del 10 por 100 por transformación en misión parcial del encargo, compatible con la cláusula penal, cuyo percibo autoriza la hoja de encargo, autorizada por el Decreto de 17 de junio de 1977, que *actúa* como efectivo contrato, con especificación de las tarifas, sus tipos correspondientes y cuantificación de honorarios profesionales, así como el presupuesto general de la obra.

LOS BIENES PATRIMONIALES CONSTITUYEN EL CONTENIDO ECONÓMI-
CO PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD IRREGULAR CUYO FIN ES EL DIS-
FRUTE DE UNA CONCESIÓN O AUTORIZACIÓN DE EXPLOTACION, AL
MARGEN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. (SENTENCIA DE 3 DE
OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Se señala en la sentencia que para disfrutar de una concesión o una autorización de explotación, es necesario disponer de un capital, y precisamente, esta parte del negocio es lo que constituye el fondo económico de la sociedad privada. La intención de los contratantes era explotar el negocio por partes iguales, respetando aparentemente las disposiciones sucesorias que venían establecidas en la legislación vigente relativas a las antiguas concesiones administrativas para la explotación de aparatos surtido-

res de gasolina, y, llevar a cabo el negocio o parte económica que tal explotación requiere. Esto significa que cuando en la sentencia recurrida se habla del «50 por 100 del valor de la concesión» ha de entenderse aplicada esa proporción a los bienes patrimoniales que constituían el patrimonio de la sociedad, al margen de la concesión o autorización administrativa para la explotación de los aparatos surtidores de gasolina.

LA ACCIÓN RESCISORIA DE ENAJENACIONES HECHAS EN FRAUDE DE ACREEDORES, NO PERJUDICARAN AL TERCERO (COMPRADOR DEL BIEN) CUANDO HABIENDO ADQUIRIDO POR TÍTULO ONEROSO NO HUBIESE SIDO CÓMPLICE EN EL FRAUDE. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Tras acreditarse que una cofiadora solidaria con el propósito de defraudar al acreedor procede a la venta de sus bienes, surge el problema en relación con la tercera-compradora, pues debe acreditarse la existencia, o no, del *consilium frudis*, el cual puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio al acreedor como por la simple conciencia de causársele. Al no apreciarse intervención alguna en el citado *consilium frudis* de la citada tercera-compradora de los bienes inmuebles, no es posible declarar la rescisión del contrato de compraventa en que intervino.

SUBSIDIARIEDAD DE LAS REGLAS INTERPRETATIVAS DE LOS CONTRATOS DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Las reglas hermenéuticas establecidas en el Código Civil tienen el carácter de subsidiarias en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que al que corresponda el sentido gramatical.

EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ARTICULO 1.968-2.º COMIENZA DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN INVALIDANTE Y NO DESDE EL ALTA MÉDICA. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.969 se mantiene en la idea de que el tiempo para la prescripción se contará desde el día que la acción pudo ejercitarse. No es posible hacer coincidir el inicio del cómputo con la fecha exclusiva del alta médica, porque eso sería procedente cuando a partir de dicha fecha se pueda ejercitar la acción correspondiente, para lo que se precisa que ese alta médica lo sea con todas sus consecuencias, lo que determina que ha existido una sanidad completa en coherencia con la misma semántica o literalidad de la expresión «alta médica», en alusión a la situación, en lo que el accidentado o enfermo recupera su sanidad, o bien, hasta en la línea de que tras ese alta médica no se mantengan secuelas residuales que precisen, o un tratamiento posterior, o, como en el caso de autos, la prosecución de un expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de la lesiones en la capacidad laboral del trabajador.

EL EMBARGO DE UN DERECHO DE SUPERFICIE PACTADO A TRAVÉS DE UNA COMPRAVENTA CON CONDICIÓN RESOLUTORIA SE HALLA SUPEDITADO A LAS VICISITUDES DE DICHA CONDICIÓN. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La resolución contractual, en nuestro caso de una compraventa, por la que se adquiere un derecho de superficie, produce efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido. Esto significa que aunque se hubiere anotado el embargo por un tercero sobre dicho derecho de superficie, el embargante sabía que su derecho quedaba supeditado a las vicisitudes de la condición resolutoria inscrita, bien para consolidar el embargo, bien para que se levantara, precisamente por la publicidad registral.

NO HAY NULIDAD DE DONACIÓN SI TRAS LA REALIZACIÓN DE UNA COMPRAVENTA ANTERIOR DEL MISMO OBJETO NO SE OPERO LA TRANSMISIÓN DOMINICAL AL FALTAR LA TRADICIÓN. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe hablarse de nulidad de donación motivado por el hecho de que la donante no era propietaria del bien donado por la razón de haber vendido dicho bien con anterioridad. Y ello porque la casa no se entregó al comprador, y por tanto, no llegó a ponerse en su poder y posesión (art. 1.462 del CC), con lo que faltando la tradición (art. 609-2.º CC) no se operó la transmisión dominical, de donde se deduce que era dueña de la parte indivisa donada cuando la donación se realizó y, en definitiva, lo acontecido es que dicha vendedora incumplió la obligación previamente contraída, circunstancia que no puede considerarse determinante de la nulidad absoluta de la donación. Al ser imposible el cumplimiento del contrato de compraventa entra en juego el artículo 1.124 del Código Civil, es decir, le resta al comprador y le quedan reservadas las acciones pertinentes para solicitar la resolución del contrato con el resarcimiento del daño que se le haya producido.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL EN EL RECURSO DE CASACIÓN. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La prueba de confesión judicial no es lícito desarticularla en casación respecto de las demás probanzas, pues la valoración de dicha prueba es algo que corresponde al juzgador y que la misma únicamente puede ser alterada en casación cuando se acredite que el juzgador al ponderarla ha incidido en error.

LA CUANTÍA DE LA DEMANDA DEBE ALCANZAR LA CANTIDAD MÍNIMA EXIGIDA EN EL ARTICULO 1.687-1.º PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso no reúne los requisitos legales exigibles para su admisión, toda vez que el contenido económico de la litis no alcanza el mínimo exigido por las leyes procesales.

SENTENCIA INCONGRUENTE POR LA APRECIACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE UNA EXCEPCIÓN NO ADUCIDA Y DE OBLIGADA APORTACIÓN DE PARTE. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Tras apreciar la existencia de una causa verdadera y lícita disimulada (*animus donandi*) bajo la apariencia de una causa falsa —el supuesto contrato de compraventa—, absuelve a la demandada que se limitó a reafirmar la veracidad del precio pagado por la compra de los bienes, no obstante, demostrarse y acreditarse como hecho probado que tal desembolso nunca se produjo. La demandada ni alegó la donación, ni condujo su prueba por esos derroteros. Por ello se ha introducido una contraprestación en el objeto del proceso —la estimación de la existencia de un negocio jurídico disimulado real y con causa que el demandado ni por vía de reconvención ni como excepción lo plantea— no ejercitada por la parte favorecida con la absolución, pese a establecerse la nulidad de la compraventa.

RESULTA SER INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE ALTERA LOS TÉRMINOS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN EJERCITADA Y FUNDA SU CONDENA EN UNA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ENTIDAD RECURRENTE QUE NO FUE INVOCADA POR LA PARTE ACTORA. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si no se ha ejercitado la acción de responsabilidad contractual sino la de responsabilidad extracontractual, cuya doctrina es aplicable cuando se exige la responsabilidad civil derivada de delito, no se puede fallar sobre aquélla porque no responde en absoluto al planteamiento del litigio.

LA CULPA ES EL ELEMENTO ESENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El concepto de culpa o negligencia a los efectos del recurso de casación y como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual merece la consideración de cuestión de derecho, en cuanto implica la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente, partiendo de los hechos que respetando la existencia y caracteres de los mismos, quedan definitivamente acreditados.

EN EL CONTRATO CON ESTIPULACIÓN A FAVOR DE *TERCERO*, EL *TERCERO* BENEFICIADO TIENE ACCIÓN PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO A PARTIR DE LA ACEPTACIÓN COMUNICADA, YA QUE ES EL TITULAR DEL DERECHO HACIA EL DERIVADO Y NO SIMPLEMENTE EL DESTINATARIO DE LA PRESTACIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—En el caso de autos las estipulaciones a favor de terceros no tienen carácter subsidiario o complementario, pues constituyen nada menos que su compensación del valor de sus participaciones en la propiedad de la finca y la liberación de una fianza solidaria prestada en beneficio de unos intereses sociales que han pasado a otras manos. La exigibilidad de las prestaciones otorgadas en el contrato principal, aparece reconocida expresamente por la Ley. La reciprocidad existente entre estos derechos concedidos, y las prestaciones accesorias pero subordinadas que dispensan los terceros, resulta evidente en virtud de una valoración racional de los hechos no combatidos.

LA LLAMADA «MUTA PENITENCIAL» DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO ES APLICABLE SIEMPRE QUE LO PIDA LA PARTE SIN NECESIDAD DE QUE LA CANTIDAD SEA *LIQUIDA*, YA QUE EL CARÁCTER DE LA MISMA ES PUNITIVO O SANCIONADOR, Y SOLO PODRÁ EXIGIRSE CUANDO EL IMPAGO OBEDEZCA A CAUSA NO JUSTIFICADA O QUE LE FUERA IMPUTABLE AL ASEGURADOR. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Los «intereses penitenciales» no pueden equipararse a los típicos intereses de mora sobre la base de deudas líquidas, siendo aquellos devengables desde que la indemnización devino líquida e inatacable, pero la «multa» referida sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a «causa no justificada o que le fuera imputable al asegurador». Cuando se trate de causa justificada o no imputable, no cabe ese elemento de reprobabilidad determinante del recargo correspondiente, y se establece que habida cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro o bien, respecto a la actitud del asegurado o, incluso, a la propia cobertura de la póliza, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la asegurada ha existido o no responsabilidad para su cobertura, siendo evidente que hasta que ello no se constate, no podrá indicarse que acontece la mora del asegurador y el efecto agravatorio del recargo.

EXISTE ABUSO DE JURISDICCIÓN CUANDO SE ENTRA A CONOCER UNA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA QUE NO HA SIDO OBJETO NI DE RECLAMACIÓN NI DE CONTROVERSIA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Los órganos jurisdiccionales del orden civil tienen competencia para conocer de las cuestiones que se susciten en relación a la posibilidad de repercutir sobre aquél que debe soportarlo por mandato legal, el pago de los impuestos consecuencia de un contrato privado y que han de ser satisfechos a la Administración Tributaria por el otro contratante en cumplimiento de las obligaciones que al mismo impone la legislación fiscal,

todo ello en base al carácter accesorio de tal pretensión respecto a la de pago de precio. No obstante, existe un abuso de jurisdicción cuando la Sala de oficio entra a conocer una cuestión como es la de la obligación tributaria del recurrente de satisfacer el impuesto sobre el valor añadido, fijando su cuantía, cuestión de la que habrían de conocer los órganos del orden contencioso-administrativo en caso de que se plantease contienda judicial sobre ella.

LA ACCIÓN ESTIMATORIA O *QUANTI MINORIS* CADUCA AL HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DE SEIS MESES DESDE LA ENTREGA DEL INMUEBLE REALIZADO EL MISMO DÍA DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE VENTA POR TRADICIÓN INSTRUMENTAL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Dada la naturaleza consensual y meramente obligacional del contrato de compraventa, el mismo, no produce, por sí solo, la transmisión del dominio de la cosa vendida del vendedor al comprador, pues para que tal transmisión dominical se produzca, de acuerdo con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de compraventa ha de ir seguido de la entrega o *traditio*, pudiendo ésta consistir en la entrega real y física de la cosa vendida o, cualquiera de las formas espiritualizadas de la llamada *traditio ficta*, una de las cuales es la tradición instrumental, con las que queda cumplido el requisito de la entrega a los efectos traslativos del dominio, pero esta última no es la entrega a que se refiere el artículo 1.490 del Código Civil, cuando dice que los seis meses del plazo de caducidad de las acciones edilicias a que se refiere se contarán «desde la entrega de la cosa vendida», pues dicha entrega sólo puede ser la real y física, ya que ella es la única que posibilita el que el comprador, a través del contacto inmediato y físico con la cosa comprada, pueda comprobar *de visu* si ésta adolece, o no, de algún vicio oculto. No obstante, en el presente supuesto en el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta se entrega la posesión real y física de la totalidad del inmueble comprado.

FALTA DE TITULARIDAD REAL Y EFECTIVA DE LOS BIENES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL CUANDO SE HA REALIZADO PARA ELUDIR LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE SU FUNDADOR EJECUTADO EN PERJUICIO DE LOS DERECHOS DE TERCEROS. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Frente a la doctrina de que las aportaciones sociales constituyen un negocio jurídico transmisivo, se encuentra la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, lo cual demuestra que la sociedad creada carece de la titularidad real y efectiva de los bienes previamente embargados al socio fundador en el juicio ejecutivo del que es incidencia la tercería de dominio formulada por la sociedad mercantil.

LA ESTIMACIÓN DE OFICIO DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA SUPONE LA DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA POR AFECTAR AL FONDO DEL ASUNTO. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato para cuyo cumplimiento se acciona fue suscrito por una sociedad diferente de la demandada, sin perjuicio de la identidad de objeto social e incluso de las personas físicas que desempeñan cargos en las mismas, obvio es que la relación jurídico-procesal a que dio lugar la demanda se constituyó en forma tal que no puede abocar a la estimación de la misma, toda vez que ello comportaría la condena de una entidad social diferente a la que se vio obligado contractualmente y que, por tal razón, se vería imposibilitada a dar cumplimiento a un contrato en el que no fue parte.

NO CABE ALEGAR LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO CUANDO EL CRÉDITO CUYA PREFERENCIA SE RECLAMA NO SE ACREDITA QUE SEA EXIGIBLE, VENCIDO O LIQUIDO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Se desestima la demanda de tercería de mejor derecho en base a que el crédito cuya prioridad o preferencia reclama el tercerista, con respecto al ejecutante en el juicio ejecutivo del que la tercería de mejor derecho es una incidencia, está basado en una póliza de crédito en cuenta corriente, que requiere que mediante la liquidación acreditativa del saldo de dicha cuenta comente, quede constatada la certeza, liquidez y vencimiento del expresado crédito, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues el tercerista no ha acompañado a su demanda, ni en ningún otro momento procesal, el documento fehaciente que acredite la liquidación de la cuenta corriente, y, por tanto, que el referido crédito sea exigible, vencido y líquido.

I. I. M.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—AUNQUE LA REGLA 3.ª DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 1.ª (LAR) EXIGE QUE SE HAYA PERDIDO MEMORIA DEL TIEMPO POR EL QUE SE CONCERTÓ EL ARRENDAMIENTO, EL HECHO ES QUE EL CONOCIMIENTO CIERTO DE LA FECHA INICIAL DEL CONTRATO NO ES OBSTÁCULO AL ÉXITO DE LA ACCIÓN, SI CONCURREN LOS DEMÁS REQUISITOS LEGALES. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado de Tolosa estimó la demanda, desestimando la apelación la Audiencia de Pamplona.

No procede la casación. El recurrente dice que como el contrato en que funda su derecho es de 1909, no se ha perdido memoria del tiempo por el que se concertó, por lo que no procede el acceso a la propiedad, ya que no se da el supuesto de la regla 3.^a de la Disposición Transitoria 1.^a LAR. Pero este argumento choca con la literalidad del precepto, pues al expresarse el legislador, haciendo uso de la preposición «por», indicativa de duración o tiempo aproximado, es claro que se relaciona el requisito de la pérdida de memoria con el tiempo de duración de contrato, es decir, el plazo por el que se concertó. Para aceptar la tesis del recurrente sería necesario que se utilizase la preposición «en» en vez de la preposición «por». El Tribunal *a quo* entiende que la ausencia de datos concretos supone la pérdida de memoria del que habla la Ley y así debe ser, habida cuenta de la primitiva fecha inicial y la serie de acontecimientos históricos ocurridos en España desde entonces, hace prever, dentro de lo probable, la existencia de posibles pactos concretos referentes a las prórrogas tan reiteradamente mantenidas y que el conocimiento cierto de la fecha inicial del contrato no sea obstáculo al éxito de la acción ejercitada, concurriendo los demás requisitos legalmente exigidos.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO.—EL RECURRENTE NO TIENE EL CARÁCTER DE CULTIVADOR PERSONAL, YA QUE NO TIENE LA EXCLUSIVIDAD EN SU DEDICACIÓN A LA AGRICULTURA, A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 1.^a DE LA LEY DE 1980. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Plasencia estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Cáceres rechazó la apelación.

No se admite la casación. La sentencia de instancia declaró el desahucio por expiración de término, a pesar de que el arrendatario alegó ser cultivador personal, con derecho a prórroga. El texto legal vigente, al definir la categoría de cultivador personal en el artículo 16, emplea términos menos exigentes y rígidos que los del artículo 83 del Reglamento de 1959, ya que éste exigía que las operaciones se realicen materialmente, lo que no se reitera en aquél, y la Disposición Transitoria 1.^a alude al artículo 16 y no al 15, que habla de profesional de agricultura y el cultivador personal tiene un carácter de exclusividad que aquí no se da, ya que posee otros cultivos de regadío en distintos términos municipales y establecimientos comerciales abiertos al público, que repudian la afirmación de exclusividad en su dedicación agraria que en este caso ha de primar sobre el de mera preferencia dentro de las actividades del arrendatario, debiendo prevalecer aquella —exclusividad— a los efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de 1980. Si por la *tácita* reconducción de la nueva Ley, el contrato concluyó el 31 de diciembre de 1988, con el previo requerimiento o preaviso de la arrendadora en 13 del mismo mes y año, es patente la correcta aplicación del Ordenamiento jurídico por la Sala.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO.—NO ALCANZANDO LA CUANTÍA DE LA RENTA LA CIFRA DE 500.000 PESETAS, NO SE PUEDE ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la demanda, pero la Audiencia de Madrid revocó la anterior.

No se admite la casación. El Juzgado declaró la resolución del contrato por haber causado el demandado graves daños en la finca con dolo o negligencia mediante corta ilegal o abusiva de arbolado y leñas, pero la Audiencia revocó la anterior, absolviendo al demandado. Se interpuso el recurso de casación, pero no alcanzando la cuantía del litigio la cantidad de 500.000 pesetas, no se admite la casación, según la Ley 34/1984, de Reforma de la LEC que elevó la cuantía de 50.000 a 500.000 para admitir el recurso, en relación con el artículo 13 LAR y las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación, conforme a la Disposición Transitoria 2.^a de la repetida Ley de 1984.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL PRECIO A SATISFACER DEBE SER EL DEL ARTICULO 39 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y NO EL DEL ARTICULO 47 DE LA MISMA LEY. (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado de Durango estimó el derecho de acceso a la propiedad rechazándolo respecto al cobertizo, y la Audiencia de Bilbao desestimó la apelación.

No procede la casación respecto al demandado y sí en cuanto al actor. En cuanto al recurso del demandado, ha quedado probada la cualidad de cultivador personal del actor y no se acredita la novación de la relación arrendaticia, existiendo un sólo contrato sin solución de continuidad alguna. En lo que respecta al recurso del actor tampoco prevalece en cuanto al acceso a la propiedad del caserío, ya que no ocupó el tiempo suficiente para tener este derecho. En cuanto a la fijación del precio hay que tener en cuenta que el Juez se remitió a las normas de la expropiación forzosa y la Audiencia dice que se atenderá a dicha Ley, pero fijando el precio real de acuerdo con el incremento de afección señalado en el artículo 47 de la Ley de Expropiación, por lo que el actor combate esta matización de los preceptos de esta Ley, siendo de acoger este motivo, ya que la Ley de Arrendamientos Rústicos se remite a la de Expropiación Forzosa y la norma primaria es la del artículo 39 de esta Ley que fija el valor, atendiendo a la media aritmética entre la cantidad resultante de capitalizar al interés legal la renta líquida, aumentada en un 5 ó 10 por 100, según sea catastrada o amillarada y el valor actual de fincas análogas por su clase, en el mismo término municipal. Sólo en el supuesto de que así no resultase conforme con el valor real de los bienes, se puede acudir a otros criterios valorativos, no siendo esta cuestión competencia actual de la Sala de Casación.

RETRACTO.—EL ARRENDATARIO RETRAYENTE NO TENIA LA CUALIDAD DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, Y AUNQUE EL HIJO SE SUBROGUE DESPUÉS EN EL ARRENDAMIENTO, AQUELLA CUALIDAD DEBE TENERLA AL EJERCITAR LA ACCIÓN Y NO POSTERIORMENTE. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Amurrio desestimó la demanda y la Audiencia de Bilbao rechazó la apelación.

No triunfa la casación. Ambas sentencias coincidieron en negar la cualidad de profesional de la agricultura del arrendatario retrayente, por lo que le negaron su derecho al retracto. Este tenía setenta y nueve años cuando ejercitó la acción retractual, teniendo incapacidad física para atender personalmente

las fincas, con distinto domicilio a la ubicación de las fincas que, además, donó a sus hijos, no disponiendo de aperos, utillaje, maquinaria ni instrumental agrícola, unido a no figurar, dado de alta en la Seguridad Social ni con licencias administrativas o fiscales que lo titularan como empresario agrícola. En cuanto a que el hijo del actor cooperase con éste en el arrendamiento, lo cierto es que no se ha producido la subrogación del artículo 74 LAR y la acción la ha de ejercer el que esté investido de la condición de arrendatario en el momento de su ejercicio y, aunque el recurrente haya sucedido testamentariamente al supuesto arrendatario que ejercitó la acción, lo hace con la cualidad singularísima de mantener los derechos que su padre tenía en vida, pero sin poder alterar el estatus subjetivo existente en el momento de promoverse la demanda. Además, en el presente caso, sin contar con la ignorancia de las condiciones personales en el actual recurrente, el término judicial para ello estaría sobradamente caducado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.—EJERCITADO POR LA ARRENDADORA EL DERECHO DE OPCIÓN PARA INTRODUCIR EN EL LOCAL A UN NUEVO ARRENDATARIO MEDIANTE UN NUEVO CONTRATO, ES EVIDENTE QUE ADEUDA EL PRECIO DE LA OPCIÓN TODAVÍA NO PAGADO. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Málaga desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Granada revocó la anterior.

No triunfa la casación. La sentencia de apelación estimó que arrendado un local al actor en 1983, éste renunció a los derechos de traspaso, subarriendo, asociación o cualquier otro modo de cesión, pero en 1984, por una adición al mismo, le fueron reconocidos los derechos de traspaso y subarriendo, así como se le autorizaba a realizar obras de adaptación, equipamiento y decoración del local. En 1985 se hizo una pausa en la explotación del negocio, haciéndose cargo del mismo el arrendador hasta el 1 de junio de 1986 en que le sería devuelto, reconociendo a la arrendadora un derecho de compra del traspaso por importe de 100.000 marcos alemanes que podría ejecutar la entidad en cualquier momento, a partir de la firma del presente contrato y que anularía el derecho de compra del traspaso. El arrendatario cedió los derechos sobre el local a un tercero y, posteriormente, la arrendadora arrendó el local por un año a dicho tercero. La Sala entendió que el arrendatario concedió a la propietaria una opción de compra de sus derechos arrendaticios y no sólo del derecho de traspaso y, por tanto, ejercitado el derecho, quedaría anulado el contrato de arrendamiento en el momento de hacerse efectivo el precio, y así debe interpretarse la voluntad de las partes, por lo que la introducción en el negocio del tercero lo fue, no a través de un traspaso, sino de un nuevo contrato, independiente y distinto del anterior, porque quien tendría que haber figurado como cedente no se hallaba investido de las facultades de ceder, pendiente como estaba el posible ejercicio de la opción de la propietaria, y es lo que hizo ésta al arrendar el local a un tercero, lo que supone que adeuda el precio de la misma, todavía no pagado, lo que opera como antecedente para que, anulándose los derechos del actor, pueda la propietaria actuar libremente y arrendar a un tercero, como así se hizo.

REALIZACIÓN DE OBRAS.—LAS OBRAS NO MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL, DADO QUE NO SE INTRODUCE NINGÚN CAMBIO EN LA DISTRIBUCIÓN DEL ESPACIO ARRENDADO CON REFERENCIA A SU FORMA, NI SE CAMBIA SU ASPECTO PECULIAR, SINO QUE SE TRATA DE MERAS OBRAS DE MANTENIMIENTO O CONSERVACIÓN. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 1 de Bilbao desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No prospera la casación. Las obras inconcedidas a, que se refiere la demanda para fundar la resolución son las realizadas en 1987 y excluyendo las de 1980, que no fueron siquiera aludidas en la demanda y que se realizaron inmediatamente a la celebración del contrato. El artículo 114 LAU establece unas causas de resolución que son *numerus clausus* y no se permite invocar causas no previstas en el mismo. Debe tratarse de obras que modifiquen la configuración de la vivienda o del local o que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción. Para las obras de mejora de instalaciones o servicios se permite que, si no tiene consentimiento de arrendador, puedan ser autorizadas judicialmente, pero ello no es aplicable al presente caso porque la mera sustitución del pavimento no constituye mejora de instalación o servicio alguno para adaptarla a las necesidades del negocio. Las obras no modifican la configuración del local, ya que no se introduce ningún cambio en la distribución del espacio arrendado, con referencia a su forma ni se cambia su aspecto, sino que se trata de meras obras de mantenimiento o conservación.

RETRACTO.— LA ACCIÓN SE EJERCITO DENTRO DEL PLAZO LEGAL DE SESENTA DIAS AUNQUE LO FUERA ERRÓNEAMENTE CONTRA QUIEN SOLO ERA REPRESENTANTE DE LA COMPRADORA, YA QUE HUBO PLENA IDENTIFICACIÓN DEL LOCAL Y DE LA ENAJENACIÓN DETERMINANTE DEL RETRACTO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 4 de Barcelona estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. La Audiencia estimó la caducidad de la acción por entender que la demanda formulada contra el demandado lo había sido dentro de plazo, pero no lo fue así la ejercitada contra la verdadera compradora, hija del primero, por lo que revocó la sentencia anterior. Tanto la caducidad como la prescripción descansan en el abandono de un derecho que entraña el no ejercicio del mismo por su titular, dentro del plazo establecido por la ley. Sobre la base de la anterior doctrina el motivo ha de ser estimado, ya que la arrendataria del local, al serle notificada la compra, ejercitó la acción de retracto dentro de los sesenta días que establece el artículo 48 LAU, sin que el hecho de haber entendido erróneamente que el comprador era el padre y representante de la compradora, dirigiendo su demanda contra éste, ya que después amplió su demanda contra la verdadera compradora, aunque esto lo hiciera después de los sesenta días, pues el expresado derecho fue ejercitado dentro del plazo legal con plena identificación del local y de la enajenación determinante del retracto que, lógicamente, había de entenderse dirigida contra el verdadero adquirente o comprador del mismo, ya que el error fue sub-

sanado dentro del mismo proceso, entendiendo por consiguiente que la acción fue ejercitada dentro del plazo y no produce la caducidad de la misma. En cuanto a que no se consignaron los gastos del contrato y otros pagos legítimos, es doctrina de esta Sala (Sentencia de 20 de mayo de 1991) que la obligación de consignar del artículo 1.618 LEC se refiere únicamente al precio de la venta, y no los gastos del contrato y otros pagos legítimos, que pueden ser abonados con posterioridad, una vez que sean conocidos, habiéndose comprometido formalmente la retrayente en su demanda a abonarlos.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—EL ARRENDAMIENTO FUE CONCERTADO POR EL COMPRADOR QUE HABÍA ADQUIRIDO CON CONDICIÓN RESOLUTORIA, POR LO QUE, IMPAGADO EL PRECIO, NO HABÍA CONSOLIDADO EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 16 de Madrid estimó la demanda, declarando la resolución del arrendamiento. La Audiencia desestimó la apelación.

No se admite la casación. El contrato de compraventa tenía una condición resolutoria y el impago se produjo, encontrándose el vendedor otro ocupante que alegó ser arrendatario, por lo que el Juzgado estimó que el arrendamiento no tuvo efectividad por haberlo pactado quien por no pagar el precio no consolidó el contrato y no tenía facultades para ceder el uso de la cosa, siendo sospechosa la ocupación como el resultado de una connivencia fraudulenta entre comprador y arrendatario. La AP confirmó la sentencia anterior. El actor demanda la recuperación de la posesión por entender que es propietario, aunque pone de manifiesto su duda cuando dice que el demandado posee, al parecer, en virtud de arrendamiento. La demanda puede prosperar, bien porque siendo cierto el arrendamiento, se haya extinguido con la compraventa que, retroactivamente quedó resuelta o porque los demandados no prueban el título en que fundan su posesión. La conclusión no puede ser otra que el éxito de la demanda, el fracaso de la oposición y el desalojo del inmueble por quien carece de título, en favor del actor que pide como propietario y demuestra serlo.

DESAHUCIO DE LOCAL.—LA PRORROGA PACTADA ES NULA POR REGIR EL RÉGIMEN DE PRORROGA FORZOSA AL QUE NO RENUNCIO LA RECURRIDA Y LA SIMPLE ALTERACIÓN DE LA RENTA NO DETERMINA LA NOVACIÓN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Arrecife desestimó la demanda y la Audiencia de Las Palmas confirmó la anterior.

No procede la casación. Se arrendó un local en 1985 por dos años y, llegado el plazo, caso de prórroga, la renta se modificará conforme a los datos del INE. En 1987 se insertó una cláusula adicional, manteniendo el contrato un año más y elevaron la renta. Las dos sentencias no acogieron el pretendido desahucio por expiración del término convencional. La duración fijada no ha de reputarse válida, ya que el convenio estaba afectado por la prórroga obligatoria para el arrendador, establecida como derecho en el artículo 57 LAU. El arriendo no estaba sometido al régimen de libertad temporal que implantó el DL de 30 de abril de 1985, que entró en vigor el día 9 de mayo, fecha de

su publicación en el *BOE*, posterior al 29 de abril, fecha del contrato. La cláusula adicional de 1987, aunque introduce variaciones en el contrato no supone la novación del mismo, ya que ésta ha de ser expresa, según el artículo 1.204 del Código Civil, sin que pueda declararse en virtud de presunciones, por muy razonables que sean. La prórroga pactada es nula por existir el régimen de prórroga forzosa al que no renuncia la recurrida y la simple alteración de la renta no determina la renovación del contrato. La cláusula adicional no representa un contrato acogido al DL de 1985, ya que éste da paso a dos regímenes de contratos arrendaticios: 1) El del DL citado, con libertad de estipulación. 2) El general, limitativo de los derechos del arrendador de la vigente LAU, que se mantiene si no se pacta la supresión de la prórroga forzosa. De aquí que puedan celebrarse contratos al amparo de la Ley especial y, por ello, sometidos a la prórroga forzosa, porque el DL no prohíbe que puedan celebrarse contratos al amparo de la Ley especial. La novación no concurre en el supuesto enjuiciado, pues el contrato está sometido al pacto de duración de un año que contiene la cláusula adicional, sin que el arriendo en la fecha de redacción del convenio se hubiera extinguido, correspondiendo a los tribunales de instancia determinar si se da la incompatibilidad del artículo 1.204 del Código Civil.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EL HECHO DE NO ESTAR ABIERTO AL PÚBLICO EL LOCAL DETERMINA LA CAUSA DEL ARTÍCULO 62-3 LAU, DE DENEGACIÓN DE LA PRORROGA FORZOSA. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Sabadell estimó la demanda y la Audiencia de Barcelona rechazó la apelación.

No triunfa la casación. El taller de reparación de automóviles estuvo cerrado durante los años 1987 y 1988 y, frente a este hecho el recurrente pretende que el artículo 114-11 y el 62-3 LAU permiten que la actividad del local se realice en el interior del mismo, no teniendo los requerimientos notariales valor probatorio, en cuanto a la desocupación del local, pero la jurisprudencia dice que la simple manifestación de que en los locales arrendados se efectuaban actividades, sirviendo de almacén para alguna exposición, no contradice que se hayan cerrado (STS de 14 de noviembre de 1962) o que la expresión del artículo 62.3 de que el local permanezca cerrado no hay que interpretarla en el sentido de que no mantiene comunicación con el público al que antes tuvo abiertas sus puertas (STS de 20 de diciembre de 1962). En general la jurisprudencia ha declarado que esta excepción a la prórroga se asienta en que no merece protección legal el arrendatario que no necesita del local, según su fin, pues con la interrupción del servicio al público se incumple el destino pactado y se lesiona el interés social y el del propio arrendador (STS de 12 de marzo de 1969 y de 14 de diciembre de 1974) y, en el mismo sentido, muchas otras sentencias de esta Sala, reiterando que tal estado es opuesto al concepto de establecimiento abierto al público, constitutivo de la esencia del local de negocio, para cuya determinación hay que acudir a datos como el consumo de electricidad, el estado de limpieza del inmueble, o el resultado ocasional de las actas notariales.

C. R. R.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante, que se negó a someterse a la prueba biológica, «ya que es de toda evidencia que el análisis de sangre que exige la prueba biológica de paternidad no implica tortura alguna para quien haya de ser sujeto pasivo de tal prueba y menos supone un trato inhumano o degradante, máxime si se tiene en cuenta el objetivo humanitario de protección a personas desvalidas que se persigue, como son los menores, y la finalidad no menos encomiable de carácter social y de reparación de derechos infringidos».

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Feliú de Llobregat, fundado en la negativa del demandado y apelante a someterse a la prueba biológica de paternidad, pues la misma no supone ataque a la intimidad personal cuando la finalidad en este caso de la norma (art. 127 del Código Civil) que permite las pruebas biológicas no es otra que la defensa material y moral, como ya se declaró en la Sentencia de 19 de noviembre de 1985. Ello no supone deducir una *ficta confessio* de la negativa a la extracción de unas gotas de sangre, sino que meramente representa un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios permiten llegar a declarar la paternidad pretendida.

SEPARACIÓN PERSONAL DE LOS CÓNYUGES. RÉGIMEN DE VISITAS A LOS HIJOS. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

Declara que al tratarse de una facultad puramente discrecional del juzgador (véase el contenido literal del art. 94 del Código Civil), no cabe impugnación casacional de la misma.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. NULIDAD. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1994.)

Interpuesta por una Sociedad acreedora de los cónyuges demanda solicitando se declarase la nulidad de las capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes, el Tribunal Supremo, coincidiendo con las sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia, no estima la petición ni

el recurso por entender que los terceros sólo pueden ejercitar la acción de nulidad si les perjudica la relación contractual o pueden ver sus derechos burlados o menoscabados, pero no si son extraños a tal situación, que en el presente caso no se han probado.

DERECHO AL USO DE VIVIENDA FAMILIAR. SU NATURALEZA. CONVENIO REGULADOR. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994.)

El derecho al uso de la vivienda adjudicado en virtud de convenio regulador homologado judicialmente es un derecho real familiar de eficacia total, oponible a terceros y de carácter temporal.

Entre los bienes del caudal relicto de don Antonio F. O., casado con doña Rosario C. P., a quien legó el usufructo universal, y de vecindad civil catalana, se encuentra la vivienda objeto del presente litigio, ocupada por la nuera del testador, doña Berta y sus hijos, en virtud del convenio regulador homologado judicialmente con motivo de la separación de su esposo Juan, hijo de la actora, quien ya venía ocupando dicha vivienda con su familia en vida de su padre, cuya herencia permanece indivisa. La viuda, doña Rosario C. P. y dos de sus hijos, suegra y cuñados respectivamente de la ocupante del piso, demandan a ésta para que deje libre el piso entregando su posesión a los actores, ya que lo ocupa, según ellos, sin título alguno.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 10 de Barcelona desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso, en cuanto interpuesto por la viuda, con rechazo del interés manifestado por los hijos apelantes y declaró que la demandada ocupa la vivienda sin título alguno, condenándola a dejarla libre y expedita a disposición de la usufructuaria. Esta falleció durante el trámite casacional, el 31 de octubre de 1993.

Interpuesto recurso de casación por la demandada y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al mismo, anulando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado, en base a los siguientes fundamentos:

La recurrente doña Berta V. M. denuncia en el cuarto motivo —al haberse inadmitido los tres primeros referentes a error en la apreciación de la prueba—, infracción de los artículos 334-3 y 1.280-1 del Código Civil, 32 de la Ley Hipotecaria, relacionados al 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo del número 5.º del precepto 1.692 de esta Ley, para sostener que el objeto del pleito se concreta a la reivindicación posesoria y consiguiente desalojo de la vivienda que ocupa la que recurre en el piso 5.º-1.ª del edificio sito en la calle Girona, 118 de Barcelona, ya que dicha vivienda carece de inscripción y por tanto no se acreditó la existencia de derecho real alguno que ampare la postulación de las recurridas.

El motivo ha de ser rechazado, pues viene a hacer supuesto de la cuestión, cuando quedó probado y así lo declaró la sentencia combatida —lo que se presenta firme en esta casación—, que el piso tiene existencia física real y se halla integrado en el inmueble referido, formando parte de su estructura material. Buena prueba de ello es que sirve de vivienda familiar a la recurrente y la controversia se proyecta directamente sobre el mismo, por lo que es

incuestionable su realidad constructiva que se presenta y opera en el tráfico jurídico, con independencia de que carezca de inscripción en el Registro de la Propiedad e incluso pueda representar edificación al margen de la normativa urbanística.

El causante y testador, don Antonio F. O. integró la vivienda en su propiedad, ya que aparece como titular dominical de la misma y, por ello, a su fallecimiento, pasó a completar su caudal relicto, al que accedieron por su condición de herederos, los hijos designados sus sucesores en la disposición testamentaria que otorgó, así como la esposa doña María del Rosario C. P. a la que legó, por todos los días de su vida, el pleno e íntegro usufructo de la totalidad, los bienes de su propiedad al día de su fallecimiento, que tuvo lugar el 23 de noviembre de 1978, por lo que a esta litigante le asiste la legitimación que prevé el artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La recurrente había contraído matrimonio con don Juan F. C. el 10 de octubre de 1971, de cuya unión nacieron tres hijos, y por sentencia de 8 de octubre de 1987 se decretó la separación de los cónyuges, aprobando el correspondiente Convenio Regulador de 25 de mayo de dicho año. La cláusula tercera de este acuerdo matrimonial dispone que la esposa y los hijos continuarán el uso de la vivienda conyugal (que hay que referir a la que se disputa en este litigio) y del ajuar existente.

Los actores del pleito, dos de los hijos del testador mencionado y su madre (usufructuaria universal), instaron la recuperación posesoria del piso y el desalojo del mismo de la mencionada doña Berta V. M. e hijos. En realidad lo que se vino a postular fue la concurrencia de efectiva situación de detentación de la vivienda por darse estado de precario, es decir, la ausencia de toda clase de pagos, título arrendaticio o cualquier otro que pudiera amparar el referido uso y posesión material de la cosa (art. 1.565-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia de apelación sólo acogió en parte la pretensión, pues desestimó los derechos de los hijos, para acceder sólo al que correspondía a su madre en la condición de usufructuaria universal y en razón a que había aceptado el legado a medio de escritura de 28 de noviembre de 1988. Es decir, que a esta fecha, la situación de ocupación de la vivienda por la recurrente y sus hijos se mantenía como hecho externo y conocido por los demás herederos y la usufructuaria, que vivía en el inmueble, como alguno de los otros sucesores testamentarios.

La atribución de uso y disfrute que en el Convenio Regulador llevó a cabo don Juan F. C., como esposo y padre, lo fue actuando como condominio del mismo, ya que la herencia de su padre no se justificó hubiera sido aceptada por los herederos, con lo que permanecía en estado de indivisión. De esta manera realizó, dicho esposo como cotitular dominical, un acto atributivo de la posesión de la cosa común, encajable en las facultades de administración y no dispositivo de su dominio a favor de persona ajena a la comunidad propietaria, lo que venía avalado por el disfrute del piso en época anterior por la concesión y consentimiento del causante y padre don Antonio F. O., como propietario del mismo y posteriormente, por sus herederos, que conocieron en todo momento la situación y respetaron de esta manera el destino dado a la vivienda controvertida (art. 394 del Código Civil), inherente a su propia naturaleza de servir de vivienda familiar, hasta que promovieron este pleito dos de los doce hijos del causante, los que actúan no en forma decididamente clara para la comunidad, sino en defensa exclusiva de sus derechos a la nuda pro-

piedad, lo que no procede, y la acción resulta ineficaz, según reiterada doctrina jurisprudencial, y así lo estimó y declaró la sentencia recurrida.

El discurso casacional lleva a la conclusión de que la recurrente no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del Convenio Regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia.

La cuestión se viene a concretar en la eficacia del convenio respecto a la usufructuaria universal, la que aceptó el legado, no por sí directamente, sino valiéndose de dos de sus hijos, uno de ellos don Juan F. C., esposo separado de la recurrente y casi diez años después de la muerte del testador, lo que hace aflorar, como inteligentemente advierte la sentencia de la instancia, una sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido, o al menos de sus integrantes, contra la recurrente y sus hijos.

Al tiempo de la referida aceptación de la usufructuaria, la situación ocupacional de la vivienda por la recurrente era hecho relevante y notorio y dicha aceptación ha de ser relacionada con tal estado preexistencial conocido. Ahora bien, dado que el usufructo es derecho de vida jurídica temporal, pues su extinción se produce por la muerte de la usufructuaria, conforme al artículo 513 del Código Civil, lo que aconteció en el trámite casacional, concretamente el día 31 de octubre de 1993. Ello ocasiona que el derecho que se le otorgó a la misma en la sentencia que se ataca, carezca de toda eficacia y posibilidad de ejecución y sólo opera en cuanto consolida la nuda propiedad de los herederos testamentarios, por lo que en la presente cuestión no puede dejarse de lado y ha de tenerse en cuenta, en necesaria conexión con la impugnación casacional que contiene el motivo quinto, al argumentar infracción por inaplicación del artículo 1.278 en relación al 1.280-1 del Código Civil, así como por razones de economía procesal.

El motivo procede, pues el Tribunal de Apelación marginó el Convenio Regulador, cuya producción de eficacia queda reducida únicamente respecto a los herederos comuneros y no a la usufructuaria, cuyo derecho pereció. El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al artículo 1.280 del Código Civil y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha (art. 1.227 del Código Civil), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior.

No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado a la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 del Código Civil y estos no pueden ser desamparados por su

relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional por el artículo 39-1.º y 2.º de nuestra Carta Magna.

Conviene tener muy en cuenta que estas situaciones no resisten un tratamiento especial, ya que las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda en disputa y cuya posesión viene justificada, conforme queda dicho, por título suficientemente legítimo y eficaz, si bien subordinado siempre al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código Civil, resultando así explicado debidamente que la ocupación que detenta la recurrente y sus hijos se presenta procedente y genera el debido reconocimiento y protección de los Tribunales.

La calificación e interpretación decisoria de la Sala sentenciadora queda desvirtuada en cuanto no admitió el uso y destino de la vivienda a los fines familiares que se dejan sentados y por razón del derecho de ocupación concurrente. La Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1992, así como la de 14 de julio de 1994, contemplan estos estados, si bien la primera como relación de comodato, no dando lugar al desalojo postulado, concurriendo también indicios sospechosos de que al producirse la reivindicación, como en el supuesto presente, muy posteriormente a la separación judicial de los esposos, cuando la vivienda seguía cumpliendo la misma finalidad que ostentó desde el principio de su disfrute, es decir, el de servir de hogar familiar, cabe posible conspiración con clara conculcación del imperativo mandato del artículo 7-1 del Código Civil y ha de incidir para evitar situaciones abusivas de los derechos, por lo que la acción no puede prosperar, lo que aporta un razonamiento más a los que se dejan expuestos.

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

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO EL RECURSO DE CASACIÓN formulado por doña Berta V. M. contra la Sentencia que pronunció en fecha nueve de julio de 1991, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección cuarta), en las actuaciones procedimentales de referencia, casamos y anulamos la referida resolución, confirmando la que pronunció el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número diez de Barcelona el veintiocho de febrero de 1990 y que desestimó la demanda promovida por don José y doña María Luisa F. C. y doña María del Rosario C. P. Cada parte satisfará sus costas propias.

Librese certificación de esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución de autos y rollo remitidos en su día.

CONVENIO DE SEPARACIÓN. DIVORCIO. PENSIÓN COMPLEMENTARIA DE FUTURO. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1995.)

El divorcio, por suponer disolución del matrimonio, es motivo para que no surja entre los divorciados una obligación alimentaria, sino la fijación de una pensión.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sección 4.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de Oviedo, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos.

Como presupuestos de hecho debidamente acreditados, se ofrecen a esta Sala a los efectos del recurso los siguientes: 1.º El 6 de mayo de 1983, don Constantino R. F. y doña Encarnación R. S., constante matrimonio, otorgaron en Gijón escritura pública de capitulaciones matrimoniales y convenio de separación conyugal extrajudicial, a la vez que liquidaban la sociedad ganancial hasta entonces existente entre ambos; 2.º En dicha escritura, estipulación IV, se acordó la suspensión de la vida conyugal, facultando a ambos para elegir libremente su domicilio, y a su vez, en la V, se estableció lo siguiente: «Teniendo en cuenta que cada uno de los cónyuges tiene su propio medio de vida y dispone de los ingresos suficientes para cubrir sus necesidades personales no fijan pensión o cantidad alguna en concepto de alimentos. Pero en el momento en que don Constantino R. F., pensionista de la Minería del Carbón, pase al Régimen Especial, si su pensión sobrepasa la cifra de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES, vendrá obligado a pagar a doña María Encarnación R. S., mensualmente, el 15 por 100 de la pensión»; 3.º En septiembre de 1988, se promueve por don Gregorio demanda de divorcio, tramitada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Gijón, con el número 543 de 1988, interesándose por la demandada doña Encarnación, pensión compensatoria con base en el desequilibrio que la disolución del vínculo la originaba y en el indicado pacto de las capitulaciones matrimoniales; 4.º El citado Juzgado, en sentencia de 3 de diciembre de 1988, que estimó la demanda, además del divorcio por concurrir la causa 4.^a del artículo 86 del Código Civil, declara lo siguiente: «no ha lugar a fijar cantidad alguna por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil, en favor de doña Encarnación, si bien se ratifica el derecho de la misma establecido en la estipulación quinta de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el día 6 de mayo de 1983, en sus propias condiciones»; 5.º Apelada dicha sentencia, la Sección Cuarta de la Audiencia de Oviedo dictó la de 25 de marzo de 1989, en cuyo fallo, con estimación del recurso, se revoca la resolución impugnada «... en el particular relativo al derecho que concede a la esposa en virtud de lo pactado en la estipulación quinta de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el día 6 de mayo de 1983, sobre el que no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno de este juicio, confirmándola en los demás extremos...»

El recurso se integra por seis motivaciones de las que va a ser contemplada en primer lugar la cuarta, al estar integrada en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, por estimar el recurrente que la Sala de apelación incidió en «error en la interpretación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contrarios por otros elementos probatorios».

La motivación parece, ya que a través de ella se establece una pugna sobre una cuestión que en realidad es de mero hecho, en cuanto frente a la afirmación contenida en la sentencia recurrida de «... que en la cláusula analizada "no se hace mención alguna a una situación de desequilibrio entre los esposos", se opone «... que, en contra de tal afirmación, se contempla la situación de desequilibrio económico»; «Resulta claro, por ello, que, si bien no se menciona expresamente el concepto de desequilibrio económico, la situación contemplada es una situación de desequilibrio económico futuro, provocado por el incremento de la pensión del esposo, como consecuencia de la percepción de la pensión del Régimen Especial de la Minería del Carbón sobre los ingresos de la esposa, cifrados en la suma de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES».

Pues bien, la cláusula en cuestión que aparece literalmente en el ordinal 2.º del primero de estos fundamentos, no refleja lo que se indica en la motivación; pero es que, además, la cuestión del desequilibrio económico fue objeto de tratamiento en el pleito de divorcio, constituyendo por tanto cosa juzgada.

Se produce ahora el examen de los restantes motivos, dado que integrados todos en el mismo ordinal —el 5.º— del artículo 1.692 de la LEC, la infracción denunciada en cada uno de los tres primeros viene referida a preceptos del Código Civil, relativos a la interpretación de los contratos: así, la del artículo 1.281 en el primero; la del 1.282 en el segundo; y la del 1.285 en el tercero; y las de los motivos quinto y sexto, a la de preceptos cuya íntima relación con el tema objeto del recurso: naturaleza y efectos de la cláusula V de los capítulos matrimoniales otorgados por los entonces cónyuges, exigen un tratamiento unitario de los problemas que el recurso plantea.

Ello sentado a título de esquema sistemático a seguir para el más adecuado estudio de dichas cuestiones, lo primero a indicar es, que agotado el tema del «desequilibrio económico» por tratarse cual se ha dicho de «cosa juzgada», lo ofrecido en las tres primeras motivaciones viene referido a la interpretación de la cláusula V del contrato de Capitulaciones matrimoniales y convenio de separación conyugal extrajudicial celebrado por los litigantes el 6 de mayo de 1983, tema respecto del cual se hace preciso comenzar diciendo, que para esta Sala lo que en ella aparece no es un supuesto de «alimentos convencionales» como declara el Tribunal *a quo*, sino una «pensión complementaria de futuro» en cuanto pactada no para corregir desequilibrios económicos inexistentes en el momento de suscribirse los capítulos matrimoniales en que dicha cláusula se contiene (ya que la liquidación de la sociedad ganancial se llevó a cabo de mutuo acuerdo por ambas partes), sino para restablecer una igualdad que podría romperse en el momento en que la pensión del señor R. F., procedente de la Minería del Carbón se transformase en pensión del Régimen Especial, siempre que como consecuencia de ello la pensión a percibir por dicho señor superase la cifra de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES, supuesto en el cual, para restablecer la situación pactada en dichos capítulos, don Constantino R. F. se obligaba a pagar a doña María Encarnación, el 15 por 100 mensual de la pensión, a lo que es de agregar que como tiene dicho esta Sala, entre otras, en Sentencia de 22 de junio de 1988 (por cierto, citada en el motivo quinto para apoyo del mismo), el divorcio, por suponer disolución del matrimonio, es motivo de que no surja entre los divorciados una obligación alimentaria, sino la fijación de una pensión, pensión a la que en este caso y aún cuando fijada antes del divorcio, es de aplicar la misma solución.

En cuanto a su calificación de «complementaria de futuro» radica, cual se ha puesto de relieve a través de lo hasta aquí explicitado, en que la misma está finalísticamente dirigida a mantener el equilibrio económico logrado en el contrato de capitulaciones matrimoniales tantas veces indicado; no se trata, por tanto, de corregir un desequilibrio sino de evitar que éste se produzca, a través de un pacto que contiene una obligación no pura sino condicional, en cuanto su eficacia depende de un acontecimiento futuro (la conversión de la pensión de la Minería del Carbón en pensión del Régimen Especial), e incierto (la posibilidad de que dicha conversión no se produjese, unido a la necesidad de que la misma superase la suma de SESENTA MIL PESETAS MENSUALES).

COMPRAVENTA DE VIVIENDA GANANCIAL ANTES DE LA LIQUIDACIÓN POR EL PADRE EN PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SUS HIJOS MENORES SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. BUENA FE. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1995.)

Don Mario F. A. demanda a don Ambrosio H. C. y a sus dos hijos para que se avengan a elevar a escritura pública el documento privado por el que el padre viudo en propio nombre y en representación de sus dos hijos entonces menores de edad, vendió al demandante la vivienda de carácter ganancial antes de formalizar la escritura de disolución y liquidación. Los demandados formulan reconvencción en la que solicitan se declare la nulidad de dicha compraventa.

El Juzgado de 1.^a Instancia número 13 de Madrid desestimó la demanda y estimó la reconvencción declarando la nulidad de la compraventa.

La Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación y declaró la plena validez y eficacia jurídica del contrato privado de compraventa condenando a los demandados a otorgar escritura pública a favor del actor dentro del plazo de tres meses.

Formulados sendos recursos de casación por las respectivas representaciones del padre y de los dos hijos, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara:

1.º No haber lugar al recurso interpuesto por el padre vendedor alegando la falta de representación sin la que actuó por sus hijos menores de edad, pretensión que no puede acogerse si no es con ofensa de un principio, el de buena fe en el ejercicio de los derechos, cuya observancia sobrepasa y se antepone al examen de la concreta normativa que es propuesta en el recurso, aludiendo aquel principio que, sobre ser exigencia precisa del artículo 7.º-1 del Código, su olvido por el recurrente, al tiempo que suscita un invencible rechazo moral, tal y como el Tribunal de Apelación pone de manifiesto, obliga a recordar que no solamente es inadmisibile el ejercicio de un derecho contrariando a la buena fe, sino que, como doctrinalmente se reconoce, la ausencia de ésta afecta al contenido del derecho mismo, cuya extinción ha de declararse si es que su ejercicio no puede serlo de otra manera. Y así es patente que en el presente caso, tanto porque el ejercicio del derecho por el vendedor incide negativamente en la confianza del comprador, como porque el proceder de aquél, excepcionando y postulando en contradicción con la más elemental regla de coherencia en su conducta, el vendedor recurrente está, sin asomo de

duda, faltando al principio que veda ir contra los propios actos y, en todo caso, conculcando la buena fe que, además de la exigencia del artículo 7.º-1 del Código Civil, concurre en la regla *nemo auditur sua turpitudinem allegans*.

2.º Haber lugar al recurso de casación interpuesto por los hijos, declarando, en cuanto les afecta, la nulidad de la sentencia de la Audiencia y del contrato de compraventa celebrado por el padre de los recurrentes con el demandante, sin perjuicio de las acciones que al actor puedan corresponder frente al vendedor por la declaración de nulidad que se efectúa. Todo ello porque, como reiteradamente tiene declarado este Tribunal, «son nulos los actos de disposición o gravamen de inmuebles de menores por el padre o la madre que ostenten la administración de los mismos, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa la autorización del juez del domicilio; y porque tratándose de un patrimonio en principio ganancial, al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza. De modo que hasta entonces, los bienes concretos de aquel patrimonio en situación de comunidad entre el supérstite y los restantes herederos, no pueden ser objeto de disposición si no es concurriendo todos los interesados».

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. VALORACIÓN DE VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1995.)

Reitera la doctrina de las Sentencias de 2 de febrero de 1983, 3 de enero de 1984, 20 de junio de 1986, 14 de octubre de 1992 y 23 de diciembre de 1994, en el sentido de que el valor de la vivienda de protección oficial, mientras esté vigente dicha calificación —que en el presente caso es de treinta años— es el que corresponde según dicha cédula de calificación y las disposiciones legales relativas a dicho régimen de protección oficial.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso interpuesto por la demandada y apelante y frente al criterio del Juzgado de 1.ª Instancia número 22 de Madrid y de la Sección 8.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de esta capital, consistente en valorar la vivienda de protección oficial por su tasación pericial de 5.320.000 pesetas, declara que el valor del piso es de 623.863 pesetas, a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, que es el catastral de acuerdo con su calificación de VPO.

BIENES GANANCIALES. NEGOCIO FIDUCIARIO. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1994.)

La actora, apelada y recurrida, y seis de sus hijos mayores de edad, demandan a su hija y hermana respectiva para que se declare como bien integrante de la disuelta sociedad de gananciales existente entre la madre actora y su difunto esposo, el inmueble sito en Las Palmas de Gran Canaria, así como la obra nueva construida, pues la donación pura y simple en concepto de mejora efectuada por la demandante y su difunto marido a la hija demandada de la finca en cuestión mediante la escritura otorgada el 29 de noviembre de 1972 constituye un negocio fiduciario, con la obligación por parte de la donataria demandada de retransmitir dicha finca.

Es de tener en cuenta que la donataria no llegó a inscribir la finca a su nombre, que las obras fueron costeadas por la madre de la donataria figurando como promotor y dueño de la finca en el correspondiente proyecto el padre de la donataria, que la madre arrendó la finca sin oposición alguna por parte de la hija donataria y que los vecinos siempre consideraron como dueños a los padres de la donataria.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que a su vez había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de dicha capital, considerando la donación como negocio fiduciario con la finalidad de cooperación y ayuda al donante en la edificación de un inmueble (situación análoga a la denominada *fiducia cum amico*).

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. NULIDAD. LEGITIMACIÓN. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1994.)

La nulidad de las capitulaciones matrimoniales se rige por las reglas de los contratos. La acción de impugnación por simulación no es pública, sino que es preciso tener un interés jurídico protegible (Sentencias de 30-6-1944 y 30-5-1958), lo que no concurre en la parte demandante cuyo crédito es posterior en más de tres años a la fecha de la escritura de capitulaciones.

BIENES GANANCIALES Y PRIVATIVOS. VALOR DE LA CONFESIÓN DE UNO DE LOS CÓNYUGES. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1994.)

La confesión por sí sola (actualmente recogida en el art. 1.324 vigente del Código Civil), no constituye prueba absoluta y no cabe desarticularla del resto del armazón probatorio, para darle así carácter prevalente, que haría inútil las demás probanzas. Por sí sola, esta prueba no es suficiente para destruir y arrasar las deducciones extraídas de los demás elementos de prueba obrantes en autos. Para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de ganancialidad de los bienes que establecía el artículo 1.407 y mantiene el actual 1.361 del Código Civil, es necesario que exista prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privaticidad, no siendo bastante el mero reconocimiento por el marido del carácter privativo de los bienes en cuestión por supuesta adquisición con dinero de la esposa (Sentencias de 20-11-1991, 22-12-1992 y 8-2-1993).

En este pleito, a raíz de la separación matrimonial, el marido reclama el carácter ganancial de un inmueble comprado por su mujer en escritura de 19 de enero de 1979, en la que el mismo marido demandante, apelante y recurrido declaró que «el dinero satisfecho como precio de la venta que antecede es de la exclusiva propiedad de su esposa, procedente de la venta que hizo a don J. O. S.». Esta venta fue solemnizada en escritura pública de 4 de abril de 1973, por tanto, cinco años antes de la otra compra, y en ella la vendedora hizo constar que era viuda, siendo así que ya estaba casada con el actor. Estas circunstancias, unidas a las demás pruebas y a la prohibición de donaciones entre cónyuges en aquella fecha, inclinan al Tribunal Supremo a mantener el carácter ganancial de la finca, ya declarado por la Audiencia de Vitoria, en contra de lo estimado por el Juzgado número 2 de esta ciudad, que lo había

considerado bien privativo. Es de observar que el Tribunal Supremo no aplica aquí la doctrina de los propios actos, con buen criterio, al ser el marido confesante quien reclama en contra de lo por el mismo aseverado en escritura pública.

CONVENIO REGULADOR EN SEPARACIÓN MATRIMONIAL CON LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES APROBADO JUDICIALMENTE. RESCISIÓN POR LESIÓN. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1995.)

El artículo 1.704 del Código Civil es aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales disuelta.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, que había declarado no ser rescindible por lesión la liquidación de la sociedad de gananciales contenida en el convenio regulador judicialmente homologado, que el Tribunal Supremo califica de «extraña tesis» y con razón.

El tema de este litigio —dice el Tribunal Supremo— reside en que la actora —hoy recurrente— y el demandado —hoy recurrido— pusieron fin a su convivencia matrimonial mediante una separación judicial instada de común acuerdo, presentando el obligado convenio regulador de la separación. En dicho convenio, en punto a la liquidación del régimen económico ganancial de su matrimonio, se obvió la formación de inventario, avalúo y determinación del haber líquido, procediéndose en su lugar a una adjudicación a cada cónyuge de bienes concretos, con una asunción de deudas por parte del esposo. Al mismo se le adjudicaba, entre otros, «la participación social del matrimonio respecto a todas las explotaciones agrícolas e industriales, así como cualquier tipo de rendimientos económicos o en especie, derivado de ellas, tanto en el pasado, presente y futuro». El convenio fue aprobado en la sentencia de separación por estimar el juzgado que «dicho convenio regulador ampara suficientemente los intereses de los menores para la actualidad y con base para la adaptación al futuro con cambios en las circunstancias».

Así las cosas, entabla la ex-esposa demanda de rescisión por lesión en la partición de la sociedad de gananciales y la sentencia recurrida, sin entrar a considerar si efectivamente existía la lesión económica denunciada, desestima la demanda, confirmando en este punto el fallo apelado, porque en una liquidación de sociedad de gananciales en convenio regulador de una separación matrimonial se está ante un contrato de transacción en el que no caben más causas de ineficacia que las enumeradas en el artículo 1.817 del Código Civil.

Por tanto, del motivo no se puede examinar si hay o no lesión —tema en el que no ha entrado la Audiencia— sino sobre si tal liquidación es rescindible por lesión. En este único punto que debe ser abordado aquí y la respuesta ha de ser indudablemente afirmativa. Carece de la más mínima base legal la extraña tesis de la Audiencia. En la partición, los copartícipes que la llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que les corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pues una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una entidad aunque integrado por un conjunto heterogéneo de bienes,

derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición. Este negocio jurídico no es una transacción, las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad, y aceptan transformar sus cuotas en ella en titularidad sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato, la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso.

Si la partición no es por sí misma una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión, según el artículo 1.704 del Código Civil, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1.410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial, como esta Sala dijo para caso igual en la Sentencia de 26 de enero de 1993, cuya doctrina se da por reproducida para evitar inútiles duplicaciones.

La conclusión de todo lo expuesto ha de ser la de estimación del motivo segundo y último del recurso, si bien la casación del fallo depende del resultado a que se llegue analizando el fondo de asunto, de acuerdo con el artículo 1.715 LEC.

Por mandato del citado precepto, esta Sala ha de conocer del fondo del asunto, defectuosamente planteado y desarrollado, resuelto en primera instancia desestimando la demanda bajo la *ratio decidendi* de que los hechos en que la actora fundaba su petición de rescisión se referían a época posterior a la de la práctica de la partición, y en la Audiencia también desestimando la demanda, aunque bajo otra *ratio decidendi* que se acaba de censurar. Desde luego, es peregrina también la de la primera sentencia; basta leer las fechas de los documentos y pericia a que se refieren las valoraciones de los bienes gananciales para comprobar que muchas de ellas no se hacen con fecha posterior al convenio de separación (24 de octubre de 1986, homologado judicialmente el 19 de noviembre siguiente).

En el fallo del presente litigio no se han de tener en cuenta las alegaciones de la actora respecto de la omisión de bienes en la partición, porque ello hubiera dado lugar a la acción de complemento de la partición, en su caso (art. 1.079 del Código Civil), y en la súplica de su demanda sólo solicita la rescisión de la misma por lesión, y para apreciar ésta no se pueden considerar otras cosas que las adjudicadas, no las omitidas (art. 1.074).

Atendiendo a ella, el análisis de la prueba pericial da como resultado que en 1986 la explotación agrícola «Comunidad de Bienes El Pardo», en la que participaban la sociedad de gananciales que se liquidaba, tenía un valor de CIENTO TREINTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTAS VEINTISÉIS PESETAS (131.198.526 pesetas) y su rendimiento neto (irregular por la naturaleza del cultivo) ascendió a TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTAS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTAS SETENTA Y SEIS PESETAS (31.574.976 pesetas).

Del conjunto de la prueba se deduce: que la sociedad conyugal tenía en la susodicha Comunidad un 25 por 100, sin que se haya demostrado que se hubiera cedido un 6 por 100 a tercero, excepto unas declaraciones testificales que no pueden ser tenidas en cuenta por la admonición del artículo 1.248 del Código Civil.

También del conjunto de esa prueba resulta: a) Que a la actora se le adjudicó un vehículo que costó UN MILLÓN TRESCIENTAS MIL PESETAS (1.300.000 pesetas) y no QUINIENTAS MIL PESETAS (500.000 pesetas) como ella dice; b) Que las deudas del patrimonio ganancial ascendían a TRES MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS (3.500.000 pesetas).

Por todo lo expuesto, el valor líquido del patrimonio ganancial en el momento de su distribución ascendía a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTAS NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTAS SETENTA Y CINCO PESETAS (51.593.375 pesetas), en el que a la esposa le correspondían VEINTICINCO MILLONES SETECIENTAS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS OCHENTA Y SIETE PESETAS (25.796.687 pesetas). Como a la misma se le adjudicaron los bienes por valor de CINCO MILLONES TRESCIENTAS MIL PESETAS (5.300.000 pesetas) más con crédito a cargo del demandado por importe de DIEZ MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS (10.500.000 pesetas) a pagar en diez años, en los plazos que se señalaron, percibió QUINCE MILLONES OCHOCIENTAS MIL PESETAS (15.800.000 pesetas), con una merma de lo que debía percibir de NUEVE MILLONES NOVECIENTAS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS OCHENTA Y SIETE PESETAS (9.996.687 pesetas), lo que constituye lesión en más de una cuarta parte, que origina la rescisión de la partición, salvo que el demandado opte en ejecución de sentencia por hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 1.079 del Código Civil, y lleva a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a la revocación de la de Primera Instancia.

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES EN CONVENIO REGULADOR DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1994.)

En convenio regulador de separación matrimonial se acordó atribuir a la esposa el piso de Barcelona y al esposo el piso de Palma de Mallorca sin obligación de pago de uno al otro de la diferencia de valor para el supuesto de que se revisase la pensión que se acordó que el esposo pagaría a la esposa, lo que sucedería en el momento en que el esposo se jubile o se produzca una alteración económica negativa y sustancial en su retribución y caso de resultar inferior a la cifra de 150.000 pesetas mensuales. Promovida demanda y reconvencción, el Juzgado de 1.^a Instancia número 28 de Barcelona dictó sentencia adjudicando al marido el inmueble sito en Palma de Mallorca, comprendiendo los derechos de dos plazas de aparcamiento y un trastero, y a la esposa el piso de Barcelona, comprendiendo los derechos de disfrute de 1/31 parte de la superficie útil del garaje en la planta sótano. Condenando a la parte que resulte más favorecida a que indemnice a la parte contraria en la diferencia del valor de los inmuebles a determinar en la ejecución de sentencia. Declarando que cada adjudicatario deberá hacerse cargo de las primas de seguro y plazo de amortización de capital e intereses que graven los respectivos pisos adjudicados.

Recurrida la sentencia por ambos litigantes, la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona confirma la del Juzgado, con la única salvedad de que las primas de seguros y los plazos de amortización hipotecarios correrán a cargo del marido por haberlos asumido así en el convenio regulador.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar a ninguno de los interpuestos, por cuanto no se ha producido ninguno de los eventos previstos en el convenio regulador que imponga la modificación de las adjudicaciones realizadas.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

RESERVA VIDUAL RENUNCIA. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Castellón, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

En el único motivo de este recurso se plantea una cuestión de pura naturaleza casacional, la interpretación y el alcance que deba darse al contenido del artículo 970 del Código Civil, que trata de la renuncia a la reserva vidual efectuada por los hijos del primer matrimonio mayores de edad.

La relación fáctica no ha sido objeto de controversia a todo lo largo de la litis: del matrimonio contraído por don R. V. S. y doña J. M. V., sólo nació un único descendiente, don Ramón José V. M. La señora M. fallece el día 27 de diciembre de 1953 bajo testamento abierto, en el que instituye heredero a su único hijo, y lega el tercio de libre disposición a su marido, sin perjuicio de la cuota vidual que le corresponde. En 31 de octubre de 1956 el señor V. S. contrae segundo matrimonio con doña T. A. G., de cuya unión nacen tres hijos. El día 30 de enero de 1961 el señor V. S. procede a protocolizar las operaciones particionales de la herencia de su primera esposa, interviniendo primeramente en nombre de su hijo don Ramón José, su representante legal, y ratificando después tal partición el propio hijo. En el cuaderno **particional** no se consignó la existencia de la reserva a la que estaban sujetos algunos bienes parafernales, y el padre renunció al usufructo vidual que le correspondía. Con fecha 6 de agosto de 1975 don R. V. vendió a un tercero una de las fincas que le había correspondido en la herencia de su primera esposa; y con fecha 9 de mayo de 1977 fallece el padre sin haber otorgado testamento. No consta la existencia de una renuncia expresa del señor V. M. a la reserva de los bienes que su padre recibió de su madre, ni tampoco fueron pedidas por el hijo las medidas de garantía de los artículos 977 y 978 del Código Civil.

Con estos elementos de hecho el problema jurídico que se plantea en el recurso es, si se hace necesaria la renuncia expresa del hijo para que cese la obligación de reservar establecida en la Ley, o es por el contrario suficiente,

la existencia de una voluntad presunta manifestada en una serie de actos, más o menos concluyentes, realizados por el hijo beneficiado con la reserva.

La razón de ser de esta institución, con amplios antecedentes en el Derecho Romano y en el Derecho Histórico Español (Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas y Leyes de Toro) podemos concretarla como una limitación a la facultad de disponer impuesta al cónyuge binubo, con la finalidad de proteger los intereses de los hijos y descendientes del primer matrimonio, en relación con los bienes procedentes gratuitamente de su progenitor fallecido, frente a la posible presencia de otros hijos nacidos de las segundas nupcias.

Se trata, según la doctrina científica, de la presunción legal de que no se habría otorgado la institución de heredero o la donación, si el disponente (cónyuge premuerto) hubiera previsto, que por las ulteriores bodas se perjudicarían a los hijos comunes; opinión justificada por los autores teniendo en cuenta el contenido del segundo inciso del artículo 970, en el que se recoge la única renuncia presunta a la reserva que admite la Ley.

Y al entrar de lleno en el problema de las renunciaciones, concreto problema al que se refiere la litis y el recurso, bueno sería puntualizar que, dejando a un lado la renuncia presunta de los hijos a la que acabamos de referirnos, en relación «con las cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban por segunda vez casados», la doctrina hace la distinción entre la renuncia a las medidas de seguridad que garantizan el cumplimiento de la obligación de reservar, y la concreta y específica renuncia a la reserva. La primera renuncia puede entenderse producida de una forma presunta, pues como su finalidad consiste en la exigencia de ciertas garantías que aseguren la obligación de reservar que la Ley impone al binubo, si los hijos del primer matrimonio entienden que en su padre o madre concurren esas garantías, sin necesidad de su constitución formal, hay que presumir la existencia de la renuncia a las mismas, en aquellos casos en que el progenitor no las presta ni ellos las exigen; mucho más cuando estas garantías se refieren a unos concretos bienes, y el derecho de reserva tiene más bien una naturaleza obligacional referida al valor de los mismos. Cosa distinta es la posición que legal y doctrinalmente debe tomarse en relación con la renuncia a la reserva, entendida ésta como la sujeción o limitación *inter vivos* y *mortis causa* del reservista, tanto en su ámbito personal como real. Literalmente la disposición legal exige que la renuncia sea «expresa»; prácticamente la totalidad de la doctrina científica opina en el mismo sentido, pues tratándose de una renuncia abdicativa, necesita que se efectúe de una forma clara, inequívoca y derivada de actos concretos que demuestren la voluntad del sujeto; y finalmente, la única doctrina jurisprudencial que en relación directa con la renuncia hemos encontrado (Sentencia de 3 de marzo de 1959), claramente se inclina por la exigencia de la forma expresa, añadiendo que a esta forma «no pueden equipararse actos más o menos concluyentes realizados a tal fin».

La Sala tiene plena conciencia de su misión integradora del ordenamiento jurídico, cuando incide en la misma postura interpretativa sostenida en la sentencia que comentamos, dando con ello lugar a la reiteración que exige el número 6.º del artículo 1.º del Código Civil, en orden a la creación de doctrina jurisprudencial; y esta doctrina no puede ser otra que la exigencia de una forma expresa en la renuncia, para que cese la obligación de reservar.

Por otra parte, y a modo de respuesta a los argumentos que el recurrente expone en su escrito de formalización, conviene añadir: 1.º La pretendida aquiescencia del reservatario al contenido de la escritura de partición de la

herencia de su madre debe ponerse en relación con la presunta insuficiencia de conocimientos jurídicos en el mismo, mucho más en una materia jurídica tan compleja como es el derecho de reserva; 2.º La ausencia de denuncia a los actos dispositivos del padre, y la no exigencia de las medidas legales de garantía pueden perfectamente atribuirse: a la falta de conocimientos jurídicos, antes apuntada, y a unas normales relaciones de confianza paternofilial; sin que la presente renuncia tácita a las medidas de los artículos 977 y 978 del Código Civil puedan suponer, como ya se ha visto, la renuncia al derecho de reserva; 3.º De ninguno de los hechos que acabamos de describir se deduce la demostración cumplida de la voluntad inequívoca del hijo a renunciar al derecho a la reserva que la Ley le concede; 4.º No es de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.º del Código Civil en el sentido que pretende el recurrente; pues la primera parte de tal precepto va referida a una interpretación literal e histórica de la norma, y en este sentido es clara y definida la razón de ser de la reserva, desde antes del derecho justiniano hasta la publicación del Código Civil, sin que en más de cien años de vigencia de éste, el legislador haya creído necesario modificar su primitivo texto; y 5.º La mala fe que atribuye el recurrente al reservatario, citando la infracción del artículo 7.º-1.º del Código, hay que ponerla en relación con la jurisprudencia que interpreta la norma, diciendo que la buena o mala fe consiste en un concepto jurídico, apoyado en la valoración de las conductas que se deducen de unos hechos. Los hechos ya han sido descritos y valorados, sin que se puedan considerar como verdaderos actos propios, según el sentir de esa jurisprudencia, que los define como «aquéllos que, por su carácter trascendental, o por constituir convención, causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o también aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, que no pueda ser alterado unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarlo» (Sentencias 4 y 10-5-1989; 12-7-1990; 5-3-1991; 4-3-1992, etc.). Este concreto alcance intencional resulta evidentemente imposible a atribuirlo a don Ramón José V. M., por lo que no es viable la tesis de la parte recurrente.

DEFINICIÓN. ARTICULO 50 DE LA COMPILACIÓN BALEAR. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1995.)

Frente a la pretendida calificación de donación *mortis causa*, el Tribunal Supremo afirma que la naturaleza jurídica de la definición del Derecho mallorquín viene a ser, según la doctrina predominante, un negocio jurídico complejo (no unilateral), que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos; acto mutuamente condicionado que requiere la intervención de ambas partes, enmarcado en el ámbito propio de los derechos sucesorios como negocio jurídico bilateral, un contrato sobre herencia futura «que se produce en vida de los padres» cuando el patrimonio de éstos no es todavía herencia. Características todas ellas que distancian esta institución de la donación *mortis causa*.

PARTICIÓN. ERROR. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1995.)

El hijo del hijo mejorado por el testador, nieto por tanto de éste, una vez fallecido su padre demanda a los demás sucesores pidiendo se declare la

nulidad de las operaciones **particionales** de la herencia de su abuelo, en base a que en las mismas se adjudicaron los bienes por iguales partes entre todos los hijos del testador, siendo así que al padre del demandante le correspondía una participación mayor, pues en el testamento del abuelo del actor se mejoraba al padre de éste en un tercio y le legaba además la mitad del tercio de libre disposición.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lugo desestimó la demanda, sentencia que fue revocada por la de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, que declaró la nulidad de la partición, debiendo procederse a realizar otra conforme con el testamento, por apreciar la existencia de error en el consentimiento prestado por el mejorado fallecido. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara haber lugar al mismo, en base a que «manifestado por el padre del actor en la escritura de división de la herencia que conocía el contenido del testamento otorgado por el causante, tal declaración sólo puede referirse al otorgado por don M. M. en 9 de agosto de 1933, ya que no existió ninguna otra disposición testamentaria de don Manuel, sin que el hecho de que la herencia fuese distribuida en forma distinta a la establecida en el testamento pueda ser considerado como error vicio del consentimiento que invalide el contrato **particional**, dado que el artículo 1.058 del Código Civil permite que los herederos mayores de edad que tuvieren la libre administración de sus bienes distribuyan la herencia de la manera que tengan por conveniente, es decir, tales herederos no vienen obligados a sujetarse a las disposiciones testamentarias, pudiendo incluso reconocer los derechos hereditarios de aquéllos a quienes el testador hubiere omitido en su testamento. Asimismo, tal declaración de conocimiento de la existencia del testamento hace recaer sobre don Antonio M. las consecuencias de no haber comprobado las disposiciones testamentarias de su causante, de tal forma que el error denunciado y apreciado al parecer al iniciarse este procedimiento el 16 de diciembre de 1985, cuando ya tal contrato particional había producido sus efectos y habiendo fallecido quien se dice sufrió el error, ha de imputarse exclusivamente a quien lo padeció».

SUCESIÓN «MORTIS CAUSA». LEY APLICABLE. VECINDAD CIVIL ARAGONESA. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1995.)

Acreditado que la causante había adquirido la vecindad civil aragonesa por la residencia continuada en Zaragoza durante más de diez años, su sucesión se rige por el Derecho civil especial aragonés, ley personal de la causante que viene determinada por su vecindad civil, por lo que al ostentar la condición aragonesa dispone de la facultad de hacer donaciones en favor de descendientes sin que exista lesión de legítima colectiva, ni en consecuencia puedan ser reducidas, ni procede la colación de liberalidades por ministerio de la ley y sin que pueda alegarse la preterición al ser nombrados todos los herederos en el testamento.

CAPACIDAD PARA TESTAR. ALBACEAZGO CONDICIONAL. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria declaró la nulidad del testamento otorgado ante el Notario de dicha ciudad por incapacidad del testador, sentencia que fue confirmada por la de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación.

Aparece probado que el testador cuando tenía setenta y tres años empieza a padecer trastornos mentales; tres años después su médico especialista que lo visitó en dos ocasiones observó en él una conducta inadecuada (v.gr.: tendencia a la huida, salir desnudo) y quince días después de otorgar el testamento cuya nulidad se declaró fue ingresado en un hospital psiquiátrico con la consiguiente sintomatología: conducta de tipo delirante con francas ideas de persecución, confusión mental, amnesia, desorientación autopsíquica y temporal siendo incapaz de concretar el número de hijos ni su lugar de residencia; y con alternativas, sufrió diversos internamientos, hasta el definitivo. Afirmando los especialistas del hospital que su sintomatología se fue enquistando, llegando a un cuadro de demencia profunda.

En sus declaraciones, el Notario manifestó que no recuerda lo ocurrido ni puede puntualizar las circunstancias concretas del otorgamiento, pero que si le hubieran manifestado la enfermedad que padecía el testador no hubiera autorizado el acto; afirmación —según dice la sentencia— que no coincide exactamente con la acotación que figura en el propio testamento, de que el testador «que sabe firmar, pero no puede hacerlo por impedirlo su enfermedad, haciéndolo a su ruego un testigo».

Los dos testigos que pudieron ser localizados manifestaron que no conocían al testador con anterioridad y que éste no hizo ninguna manifestación, ni pronunció una sola palabra durante todo el acto del otorgamiento del testamento, pues incluso cuando el Notario leyó lo que tenía escrito permaneció callado, siendo también cierto que el testador no le pidió que firmara por él. Y uno de ellos dijo, además, que el testador permaneció recostado en la cama y que en su opinión no era consciente del acto que se estaba celebrando.

El otro motivo del recurso, consistente en que no fue demandado el albacea, lo descarta el Tribunal Supremo, ya que el nombramiento de albacea se hace en el testamento de un modo condicional «para el caso de que haya menores, incapacitados o lo reclame alguno de los herederos», condición suspensiva cuyo evento no consta en autos se haya producido, por lo que la posible intervención del albacea en la litis no tiene una existencia obligatoria, no siendo imprescindible su presencia al constituirse la relación jurídico-procesal.

DESHEREDACIÓN. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1995.)

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponteareas, y declara que es justa causa de desheredación del hijo el que éste haya consentido la expulsión de su madre de la casa, en la que convivía, efectuada por su nuera, teniendo la madre que pasar a ocupar otra vivienda

inmediata en estado ruinoso y sin otras atenciones y ayudas que las de una sobrina, pues tal conducta, prolongada largo tiempo hasta el fallecimiento de la madre, merece la descalificación moral y física constitutiva del maltrato que como causa de desheredación prevé el número 2 del artículo 853 del Código Civil, ya que no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa, pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de éste debe reputarse existente el maltrato de obra.

RENUNCIA A LA HERENCIA. EMANCIPACIÓN. PATRIA POTESTAD, ABUSO DEL DERECHO Y EJERCICIO ANTISOCIAL DEL MISMO. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por las dos hermanas actoras y apelantes, quienes instaron ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Azpeitia la nulidad de la renuncia a los derechos hereditarios correspondientes a la herencia de su abuelo materno realizada por una de ellas previamente emancipada por su padre y por éste mismo, en representación de su otra hija entonces menor de edad, con las demás peticiones accesorias a esta principal. El Juzgado desestimó la demanda y la Sección 2.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de San Sebastián admitiendo la excepción de litis consorcio pasivo necesario, sin entrar en el fondo del asunto, declaró de oficio nula y sin efecto la sentencia del Juzgado.

Las razones para estimar el recurso de casación, con las declaraciones consistentes en la nulidad de la renuncia, de la emancipación y de la posterior escritura de compraventa de la finca, único bien relicto, así como de las correspondientes inscripciones registrales, estriban fundamentalmente en apreciar que no ofrece la menor duda el manifiesto abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo: en un solo acto, el 5 de marzo de 1963, emancipó a su hija María Begoña, renunció en nombre de su hija Olatz, entonces menor de edad y representada por él, a la herencia del abuelo materno de sus hijas, renuncia también al mismo tiempo el hijo del causante y adquiere la viuda la totalidad del inmueble que meses después es adquirido por un precio irrisorio, 45.000 pesetas, por el padre de las demandantes, si bien pactando el usufructo de la vendedora y fallecida ésta el mismo año, veintisiete años después el recurrido vende la finca por 95.000.000 de pesetas. La conducta seguida por el demandado, dice nuestro Más Alto Tribunal, perjudicó de forma notoria los derechos hereditarios de sus hijas valiéndose de su ascendencia sobre ellas y sobre la viuda del causante. Hizo el demandado un uso anormal y antisocial de sus prerrogativas de patria potestad y de sus vínculos familiares para obtener una finalidad ilegítima, dando lugar a las circunstancias objetivas de exceso en el ejercicio de su derecho. Ello sin necesidad de acreditar haber actuado de mala fe, sino simplemente haber procedido con un desmedido interés personal de carácter sobre todo económico. Y ese abuso de derecho, que impone acoger el motivo segundo del recurso, envuelve como actos encubridores de un verdadero fraude a la ley el otorgamiento de las escrituras de emancipación y de renuncia a la herencia, actos que si bien fueron formalmente ajustados a la ley, en realidad se ajustaron a ella sólo de forma aparente, resultando defraudados los derechos sucesorios de sus hijas y en este sentido quedan ineficaces tales actos como viciados de nulidad absoluta. Y justifica la

decisión, pues aún cuando al ocurrir los hechos en 1963, no se había regulado el abuso del derecho en el Código Civil, sin embargo ya con anterioridad la jurisprudencia lo había recogido y declarado. Y la acción de nulidad de pleno derecho o de inexistencia de los actos jurídicos es imprescriptible, de manera que la limitación temporal para accionar de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil, viene referida a las acciones de anulabilidad, pero no a las de nulidad radical o inexistencia, como es el caso ahora debatido.

Y no estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pues en la demanda nada se pide sobre la segunda venta, cuya desvinculación del primer contrato, único cuya nulidad se postula, se ha producido por el largo lapso de tiempo, de 1963 a 1990, que medió entre ambos, siendo contratos totalmente independientes y tratándose de dos relaciones jurídicas diferentes.

F. C. L.