

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: AUNQUE FALTE EL REQUERIMIENTO DE PAGO, NO SE PRODUCE INDEFENSIÓN SI LA PARTE AFECTADA CONOCE EL JUICIO (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1994).

No se produce indefensión, aunque falte el requerimiento de pago, si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio, dentro o fuera del proceso, de la tramitación del juicio, a no ser que el conocimiento sea tan tardío que impida la adecuada defensa de sus derechos.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SUSTITUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD POR IMPOSIBILIDAD (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994).

Hechos: Ante la imposibilidad por razón de edad del Presidente de la comunidad, uno de los propietarios, por convenio de los mismos, convoca y preside transitoriamente las Juntas.

Doctrina de la Sentencia: No se trata de un supuesto de nombramiento de Presidente de la comunidad, sino de mera sustitución, por razones debidamente justificadas y con la finalidad de no paralizar la actividad de la comunidad, que no acarrea la nulidad de los acuerdos de la Junta.

TUTELA JUDICIAL DEL DOMINIO.—SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN.—SERVIDUMBRE DE PASO: ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994).

Nuestro ordenamiento jurídico confiere tutela judicial al propietario amenazado por el colindante a través de conductas o actuaciones lesivas no permitidas.

No cabe invocar unas servidumbres de luces y vistas y de paso adquiridas por usucapión y por prescripción inmemorial sin haber probado tales hechos.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES.—COMUNIDAD PARTICULAR DE VIVIENDAS INCARDINADA EN OTRA MÁS AMPLIA GENERAL—LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1994).

Las contribuciones a los gastos comunes reclamadas a los comuneros deben corresponderse a sus respectivas cuotas de participación.

Tratándose de una comunidad incardinada en otra más amplia general, es suficiente la representatividad o legitimación de ésta a través de su Presidente en la acción ejercitada al amparo del artículo 9, regla 5.^a, Ley de Propiedad Horizontal, a la vista de la exigencia formal del artículo 12, párrafo 1.º, Ley de Propiedad Horizontal.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO TIENE VALOR CONSTITUTIVO.—TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO ANTERIOR AL EMBARGO.—FE PÚBLICA REGISTRAL: PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE AL EMBARGO NO ANOTADO.—TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE PREVIA INSCRIPCIÓN DEL TITULAR ANTERIOR (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1994).

Esta Sentencia reitera las siguientes doctrinas jurisprudenciales:

Primera.—El embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro, lo cual no puede condicionar su existencia ni tener valor constitutivo.

Segunda.—Para que pueda prosperar la tercería de dominio el tercerista no sólo ha de esgrimir un título dominical válido, sino que su adquisición ha de ser cronológicamente anterior a la fecha de la traba del embargo.

Tercera.—En caso de falta de anotación del embargo, el Juzgador no debe permitir que se amparen en la falta de publicidad formal ni el deudor ni quienes con él contrataron, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, y todo ello sin perjuicio de proteger al tercero hipotecario que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales. En el supuesto de autos el tercerista no puede ser considerado como tercero hipotecario al faltar uno de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cual es el de que el tercero adquiera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo.

SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO: EL ARTICULO 567 DEL CÓDIGO CIVIL NO EXCLUYE EL DERECHO DEL ADQUIRENTE DE EXIGIR PASO POR OTRA HEREDAD VECINA PREVIA INDEMNIZACIÓN (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1994).

La obligación de dar paso sin indemnización se establece en el artículo 567 del Código Civil entre quienes —vendedor, permutante o copartípe y adquirente— intervienen en la transmisión de la finca, y tiene su razón de ser en el deber de entregar la cosa en condiciones de poder ser disfrutada, pero no excluye absolutamente la posibilidad de que el adquirente exija paso por otra heredad vecina, previa la correspondiente indemnización (art. 564, párr. 1.º).

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE UNIDAD DE EXPLOTACIÓN (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1994).

Hechos: Acción de división sobre una unidad de explotación compuesta por varias fincas registrales.

Doctrina de la Sentencia: No es obstáculo a la división que su objeto sea una unidad económica o conjunto de fincas rústicas registrales independientes. Pero la división no incluye las fincas vendidas con anterioridad que pertenezcan a terceros.

TERCERÍA DE DOMINIO: INTERPUESTA POR UN CÓNYUGE SOBRE BIEN PRIVATIVO (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1994).

Prospera la tercería impuesta por un cónyuge que adquirió el inmueble con carácter privativo y antes del embargo.

ACCESIÓN INVERTIDA.—SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS: COMPUTO DE LA DISTANCIA EN CASO DE CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1994).

La construcción extralimitada es una modalidad de acceso a una casa o porción de ella por el propietario de otra dotada de preeminencia en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad, siempre que el constructor, procediendo de buena fe, haya edificado en parte sobre suelo ajeno y en parte sobre fundo propio y, desde luego, abone al dueño del terreno ocupado no sólo el valor de éste, sino también la indemnización reparadora de los daños y perjuicios causados, comprensivos del menoscabo patrimonial sobre el resto de la finca.

La distancia del artículo 582 del Código Civil se cuenta en caso de construcción extralimitada desde la zona ocupada por la edificación.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE FINCAS SUJETAS A UN PLAN DE ORDENACIÓN URBANA QUE SE EJERCITA CONFORME AL SISTEMA DE COMPENSACIÓN (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1994).

Si la comunidad de bienes recae sobre fincas sujetas a un Plan de Ordenación Urbana que se ejercita conforme al sistema de compensación, cabe ejercitar la acción de división por vía de subasta pública (arts. 400 y 401 CC). La inclusión en el Plan impide la división material de las fincas (art. 104.1 RGU) pero no obsta la enajenación, con cumplimiento de todas las formalidades sobre todo en orden a la publicidad de la situación jurídico-administrativa de la finca, dado que el adquirente se subroga en la posición del enajenante en punto a sus derechos y obligaciones contraídas administrativamente en referencia a la Junta de Compensación y a lo establecido en sus bases de actuación y estatutos (art. 126 LS).

SERVIDUMBRES: CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE O POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1994).

Confirma la constitución de unas servidumbres de luces y vistas y desagües de los edificios mediante un signo aparente establecido por el que fue propietario de los inmuebles, quien edificó y los transmitió en dos porciones, sin que al tiempo de separar la propiedad de las fincas expresara nada en contrario a la servidumbre ni hiciera desaparecer los signos.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO.—DOBLE INMATRICULACIÓN: SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1994).

Hechos: Supuesto idéntico al contemplado en la Sentencia de 29 de enero de 1992: acción declarativa de dominio respecto de finca incluida en otra de mayor extensión, ambas registradas bajo números diferentes.

Doctrina de la Sentencia: Reitera que por sí solas **no justifican el dominio** las certificaciones del Catastro o Amillaramiento o Registro Fiscal ni las expedidas por los Secretarios de los Ayuntamientos.

En materia de **dobles inmatriculaciones**, se cita la Sentencia de 30 de diciembre de 1993: «Ha de resolverse la pugna conforme al Derecho Civil puro con exclusión de las normas de índole hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad».

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES DE USO RESTRINGIDO A LOS TITULARES DE PISOS (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: En las escrituras de división horizontal y ventas de plazas de garaje se limita el acceso a éstas por la rampa del propio garaje.

Doctrina de la Sentencia: Los titulares de plazas de garaje no tienen derecho a usar el portal del inmueble por las dos razones siguientes: primera, al adquirir

sus plazas de garaje aceptaron que la entrada a las mismas tendría lugar por la rampa; y segunda, si bien el portal es elemento común del inmueble, no es de uso necesario para los meros titulares de plazas de garaje que no lo sean de pisos.

ACCIÓN DE DESLINDE: NO ES PRECISO DEMANDAR AL COLINDANTE POR LINDERO CIERTO (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994).

No es preciso ampliar la acción de deslinde al colindante cuya conexión territorial está perfectamente delimitada y a cuyos intereses no puede afectar o repercutir los efectos de la Sentencia que se dicte.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA.—USUCAPIÓN: REQUISITOS DE JUSTO TÍTULO Y DE POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1994).

Toda acción dominical (sea la meramente declarativa del dominio, sea la reivindicatoria) precisa la plena identificación del bien.

Uno de los requisitos de la prescripción adquisitiva ordinaria es el de justo título (art. 1.940 CC), que además conforme al artículo 1.954 CC ha de ser probado (no se presume nunca). Según reiterada doctrina no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador, sin que exista ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño debe presumirse.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO Y REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA.—PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: NATURALEZA. NO ES UNA ACCIÓN AUTÓNOMA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la acción, que el primero consideró declarativa de dominio y la segunda evitó calificar por faltar el requisito de identificación de la finca. El actor recurre en casación, alegando que no se trataba de una acción reivindicatoria ni declarativa de dominio, sino de una «acción declarativa de la titularidad hipotecaria en concepto de dueño» para la que basta acreditar la inscripción del derecho de propiedad.

Doctrina de la Sentencia: Se está ejercitando una acción de carácter dominical, bien declarativa de dominio, bien reivindicatoria; ambas precisan el requisito de identificación de la finca.

No puede sostenerse, tal como pretenden los recurrentes, la autonomía y plena sustantividad de la acción formal del artículo 41 LH, por cuanto que: o el contenido registral no es cuestionado, en cuyo caso estaríamos en presencia de una especie de acción de alarde *ad extra* o casi de jactancia en la idea de que se tratará de airear con la tutela judicial algo que deriva de la propia verdad registral; o, en caso contrario, si esa verdad registral se ve perturbada, aunque no lo sea por vías de hecho, ello abocará en el planteamiento contencioso de las acciones correspondientes de tutela del dominio que, básicamente, son la reivindicatoria y la declarativa.

Comentario: Esta Sentencia, junto con la reseñada *infra* de 29 de octubre de 1994, son unas de las pocas del Tribunal Supremo que tratan del «más fuerte de los efectos activos de la inscripción», según LA RICA: el artículo 41 LH. En concreto, la naturaleza del proceso que regula dicho precepto se abordó en la Sentencia de 17 de julio de 1960 —que afirmó con ROCA el carácter del juicio petitorio o de propiedad, si bien en fase de ejecución— y en la que ahora destacamos.

La naturaleza del procedimiento del artículo 41 LH plantea diferentes cuestiones. Primera, si es un **proceso de ejecución, de cognición, mixto, especial, interdictal, posesorio, provocatorio, monitorio...** Segunda, si tiene carácter **posesorio o petitorio**. Problemas ambos que la presente Sentencia no precisa resolver. En tercer lugar se discute si es un **proceso de ejercicio de otras acciones** o es, como sostienen Cosslo, LACRUZ y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, una **acción real, especial y distinta** de las tradicionales. El fallo que comentamos niega rotundamente «la autonomía y plena sustantividad de la acción formal del artículo 41 LH». En íntima conexión con lo anterior, se preguntan los autores las acciones que pueden ejercitarse en este procedimiento y citan normalmente la reivindicatoria, confesoria, negatoria y análogas de carácter real (ROCA, SANZ). El Tribunal Supremo admite aquí la reivindicatoria y la declarativa y se refiere también, a título de *obiter dictum* y en condicional, a una acción de alarde *ad extra* o de jactancia, cuya inutilidad reconoce. Acciones que parecen exceder del supuesto de perturbación del derecho del titular registral y de la finalidad y alcance del artículo 41 LH.

TERCERO HIPOTECARIO: NO ESTA PROTEGIDO FRENTE A LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: Ventas realizadas, durante el período de retroacción de la quiebra, partiendo de la entidad quebrada y a lo largo de una cadena de tres sucesivos compradores. La Audiencia Provincial declaró la nulidad de tales ventas por apreciar mala fe en la quebrada y en los adquirentes, «a más de constar en el Registro notas marginales en las que se hace referencia a la retroacción de la quiebra».

Doctrina de la Sentencia: Resultando nulo el primitivo contrato, el adquirente carece de la buena fe requerida por el artículo 34 LH. Este vicio de origen se arrastra en las posteriores adquisiciones, aún sin tener en cuenta que éstas no confieren la condición de terceros a los respectivos compradores. El artículo 878, párrafo 2.º, del Código Civil no hace distinción alguna de su imperatividad al régimen registral.

Comentario: Tropezamos de nuevo con el interesante problema de la pugna entre los artículos 878, párrafo 2º, CCom y 34 LH. El Alto Tribunal se decanta por la aplicación del primero y la ignorancia del último, como ya hiciera en Sentencias de 17 de marzo de 1985 ó 15 de noviembre de 1991, y que obligarán al adquirente de derechos reales a investigar la solvencia del transmitente inmediato y de los anteriores en cuanto alguno de ellos tuviera la condición de empresario. Aunque la doctrina es conocida, no deja de sorprender la lectura completa del presente fallo, cuando menos en algunos aspectos: carece de una sólida argumentación; son estériles tanto la diferencia que hace entre adquirente y subadquirentes como la negativa a considerarlos terceros del artículo

34 LH; subyace un oscuro entendimiento del principio de fe pública registral y de la presunción *iuris et iure* de exactitud registral a favor del tercero hipotecario; difícilmente puede entenderse la aplicación del *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum* a la sucesión de asientos registrales, salvo que el Registro publique la titularidad interina, de pendencia o carente de firmeza.

Permítasenos completar el cuadro con la cita de algunos autores que mostraron su inquietud por la inseguridad del tráfico jurídico inherente al sistema de retroacción: GARRIGUES, VICENT CHULIÁ, BROSETA, GONZÁLES HUEBRA, GÓMEZ DE LA SERNA Y REUS, ROCA, OLIVENCIA, BILBAO ARÍSTEGUI, ROJO, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, GÓMEZ GÁLLIGO, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, MARTÍN REYES. También hubo Sentencias que miraron por el tercero hipotecario: 9 junio 1932, 31 mayo 1960, 1 febrero 1974. Recientemente, son interesantes pronunciamientos que invocan una «línea de aperturismo a la realidad de los tiempos» (12 marzo 1993), reconocen que «el artículo 34 LH tiene una virtualidad que no es dable desconocer» y que «la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario» (20 septiembre 1993) o apunta hacia «soluciones avanzadas por la doctrina a propósito de la protección que para el tercer adquirente se derivarían de la legislación hipotecaria (es decir, la protección del subadquirente, quien adquiere del adquirente inscrito del quebrado)» y «las orientaciones del anteproyecto de Ley Concursal, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación» (11 julio 1990).

Ciertamente, la solución pasa por el legislador, previa ponderación meditada de los intereses en juego (seguridad en el Derecho Patrimonial Estático versus Dinámico, obligaciones mercantiles versus titularidades reales). Entre tanto, esa valoración se convierte en ardua tarea confiada a Jueces y Tribunales, según las circunstancias del caso.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO»: NO CABE DISCUTIR CUESTIONES DE PROPIEDAD ENTRE LOS COMUNEROS.—LEGITIMACIÓN REGISTRAL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994).

En la acción divisoria no cabe discutir cuestiones de propiedad entre los comuneros.

El titular registral goza de la apariencia formal y registral de su titularidad, mereciendo, pues, la protección que se dispensa a los derechos reales en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 38 LH).

TERCERO HIPOTECARIO: NO LO ES EL QUE ADQUIERE CON VICIOS EN SU TITULACIÓN (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: Inscrita la adquisición de una finca en subasta pública, como consecuencia de un procedimiento administrativo de apremio, la subasta es declarada nula.

Doctrina de la Sentencia: Según reiterada doctrina, para que el artículo 34 LH sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 LH y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege

frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 no es una excepción al anterior artículo 33.

CESIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO: NULIDAD PARCIAL POR FALTA DE PARTE DE OBJETO.—EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SOLO PUEDE REALIZARSE POR EL CRÉDITO SUBSISTENTE (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: Las sucesivas escrituras de cesión de crédito hipotecario consignan un principal de cuarenta millones, cuando éste había quedado reducido a catorce en virtud de amortización parciales.

Doctrina de la Sentencia: El TS actúa como órgano de instancia sobre pedimentos no resueltos y declara la nulidad parcial de las escrituras de cesión de crédito hipotecario por falta de parte de su objeto (art. 1.261.2.º CC, *nemo dat quod non habet*), así como la cancelación parcial o rectificación de las inscripciones registrales a que dichas escrituras públicas dieron lugar.

Reducido el *quantum* del crédito hipotecario mediante pagos parciales, la posterior ejecución hipotecaria sólo podrá hacerse por la parte de deuda vigente.

AGUAS: AGUAS PRIVADAS PROCEDENTES DE POZOS CONFORME A LA LEGISLACIÓN ANTERIOR (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: Se discute la preferencia entre los contendientes sobre el uso de las aguas de un acuífero subterráneo, conforme a la Ley de Aguas de 13 de julio de 1879.

Doctrina de la Sentencia: Cita la Sentencia de 9 de julio de 1987: «El respeto a los derechos adquiridos se funda en la prioridad del alumbramiento y utilización, sin que en ello incidan en sentido obstativo las omisiones de inscripción o autorización administrativa». Añade que, conforme a la DT 4.ª, apartado 3, de la vigente Ley de Aguas de 1985, las infracciones administrativas únicamente originarán multas coactivas. Señala en dicho sentido la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que en su fundamento octavo corrobora esta tesis.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO»: PUEDE ACUMULARSE A LA DECLARATIVA DE DOMINIO.—NO ES PRECISO DEMANDAR AL TITULAR DE UNA RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1994).

El actor puede acumular a la acción de división la declarativa de dominio, ya que si, por una parte, la Sentencia en que se accede a tal pedimento es declarativa y no constitutiva, por otra resultaría ilógico obligar al actor a ejercitar tan sólo su acción declarativa de condominio y, una vez que ésta hubiese prosperado, ejercitar una nueva acción de división.

No es preciso demandar al titular de una reserva de dominio cuyos derechos no quedan afectados por la división de la cosa entre los condóminos.

PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO PRODUCE LITISPENDENCIA.—USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1994).

El **procedimiento del artículo 41 LH** no produce litispendencia dado lo dispuesto en su párrafo último. No existe obstáculo legal alguno que impida acudir al juicio declarativo aun antes de que haya recaído Sentencia en el juicio sumario del artículo 41 LH.

La **prescripción extraordinaria** del artículo 1.959 CC sólo requiere la posesión ininterrumpida de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, aunque aquella posesión haya de ser a título de dueño.

POSESIÓN: COPOSESIÓN POR LOS TITULARES DE VIVIENDAS DE UNA URBANIZACIÓN SOBRE EL APARCAMIENTO COMÚN (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1994).

Hechos: En una urbanización algunos titulares de viviendas unifamiliares cerraron trozos de terreno destinados a aparcamiento común.

Doctrina de la Sentencia.—El TS califica la situación de coposesión respecto a las zonas y terceros no exclusivos particulares, conforme a los artículos 445 y 450 CC. Frente al cerramiento por parte de algunos titulares, el artículo 446 CC concede el amparo reivindicativo de la situación posesoria, con mayor intensidad cuando es plural y compartida por los propios despojantes. No puede oponerse prescripción por el transcurso de un año (arts. 460.4.º y 1.968.1.ª CC) por tratarse no de pérdida y recuperación de la posesión, sino más bien de acceso a la coposesión por uno de los interesados y en beneficio de los demás.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO.—PROPIEDAD HORIZONTAL: PATIOS. ELEMENTOS COMUNES POR NATURALEZA Y POR DESTINO. DESAFECCIÓN INICIAL Y POSTERIOR DE ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1994).

La presunción del artículo 38.1 LH es una presunción *iuris tantum* y, por lo tanto, está sometida a una eventual refutación o demostración en contrario.

Cita la Sentencia de 5 de abril de 1993 sobre el carácter común de los patios interiores de un edificio. Tales patios siguen manteniendo la conceptualización legal como elementos comunes, pues no ha tenido lugar la desafección inicial ni posterior, que puede proyectarse sobre aquellas partes del edificio que no siendo por su propia estructura esenciales lo son por destino o accesoriidad. La desafección debe ser acordada en Junta de Propietarios y por unanimidad conforme al artículo 16.1 LPH.

BIENES DE DOMINIO.—LOS VIALES DE TODA URBANIZACIÓN CEDIDOS GRATUITAMENTE A LOS AYUNTAMIENTOS SON DE USO PÚBLICO (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1994).

La cesión gratuita a los Ayuntamientos de los viales de toda urbanización viene impuesta por el artículo 83.3.1.º del TR de la Ley del Suelo de 9 de abril

de 1976 y carece de sentido el pretender mantener su naturaleza de propiedad privada.

No corresponde a la jurisdicción civil examinar la legalidad del Plan General de Ordenación Urbana ni del acto administrativo por el que el Ayuntamiento ha atribuido al vial el carácter de calle de uso público.

USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS».—ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: TÍTULO Y MODO.—«TRADITIO FICTA»: ES REFORZADA POR LA INSCRIPCIÓN.—LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PRESUNCIÓN POSESORIA.—DONACIÓN DE BIENES INMUEBLES (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1994).

La inmatriculación se efectuó en 1957, por lo que el titular registral tenía en su favor no sólo el título de su adquisición, sino cualquier clase de usucapión (ordinaria o extraordinaria).

En la adquisición del dominio mediante escritura pública de compraventa, reuniendo el adquirente todas las condiciones del artículo 34 LH, se producen los siguientes efectos: 1.º Tiene plena operatividad la equivalencia entre tradición y otorgamiento de escritura pública, no resultando ni deduciéndose lo contrario de la misma; 2.º Al existir tradición, se ha cumplido la exigencia impuesta en el artículo 609 CC para adquirir el dominio (título y tradición); 3.º La eficacia de la tradición en cualquiera de sus formas sólo queda enervada cuando el tradente no tenía la posesión a título de dueño de la cosa (inmediata o mediata, a través de la posesión de otro en concepto distinto del de dueño); 4.º El tradente tenía a su favor la presunción de posesión que otorga el artículo 38 LH al titular inscrito.

El artículo 633 CC es forma constitutiva de la donación de inmuebles. Su ausencia determina la nulidad o inexistencia de la donación, que puede ser apreciada de oficio, y la consiguiente ineficacia de la escritura de compraventa que otorgue el donatario.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: NATURALEZA Y OBJETO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1994).

La acción declarativa de dominio es una acción real improcedente cuando se ejercitan los derechos derivados de un contrato.

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ESPECIALIDADES EN FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO. INCONSTITUCIONALIDAD (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Aplica la STC 5 mayo 1994 en cuanto declaró la inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y la supresión del sistema de subrogación legal del adquirente.

ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO.—TRADICIÓN REAL (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Hechos: Adquisición de VPO en documento privado de compraventa con posteriores actos de posesión del comprador.

Doctrina de la Sentencia: Considera operada la tradición real del inmueble (art. 1.462, párr. 1.º, CC), modalidad de entrega considerada jurisprudencialmente preferente y no condicionada al libramiento de la cédula de calificación definitiva.

RETRACTO DE COMUNEROS: NO PROCEDE CONTRA EL COMUNERO CUANDO SE ENAJENA CUOTA DE UNA SUBCOMUNIDAD (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Cabe admitir la coexistencia dentro de una comunidad más amplia de una comunidad inferior sobre una de las cuotas de la comunidad. En tal caso, si se enajena una cuota de la subcomunidad no puede considerarse extraño el artículo 1.522 CC al comunero de la comunidad envolvente porque no es un tercero por completo ajeno a la comunidad.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD REGISTRAL ABARCA LOS LINDEROS Y PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Hechos: Un copropietario ejercita la acción de división sobre un garaje común. El otro condómino se opone alegando que, aunque de los linderos que figuran en la inscripción registral resulta que el garaje tiene salida a la vía pública, en realidad tal garaje se integra en la edificación construida por él en local de su propiedad.

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se plantea una controversia sobre aspectos de extensión o delimitaciones de cuanto consta en el Registro, deberá prevalecer sólo si frente a ello no existen otros medios probatorios en contra. En el caso del litigio se ha probado la quiebra de una verdad formal y debe prevalecer la realidad extrarregistral sobre la registral respecto a los datos físicos de los terrenos.

Comentario: Esta Sentencia mantiene abierto el debate sobre la **extensión de la presunción de exactitud registral a las circunstancias de hecho**. AZPIAZU consideró que la presunción legitimadora alcanza también a los datos de hecho que reflejan las inscripciones, apoyándose en las Sentencias 21 marzo 1953 y 25 enero 1958. ROCA estimó plausible la jurisprudencia sentada en aquellas Sentencias, junto con la de 20 octubre 1949, en cuanto presume exactos los datos relativos a la extensión superficial y linderos de la finca inmatriculada, siempre a los efectos de legitimación registral y no en cuanto a la fe pública; sin embargo, entendió que el artículo 38.1 LH hubiera debido ser más explícito en este importante aspecto del valor del contenido del Registro.

Para CAMY, por el contrario, la declaración registral sobre las circunstancias físicas sólo recoge las afirmaciones de las partes, sin prueba alguna al respecto y sin calificación que asegure su veracidad, por lo que produce muy distintas consecuencias legales que las circunstancias de orden jurídico.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA destaca que el artículo 38, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria no distingue entre datos físicos y datos jurídicos, sino que establece una presunción «en la forma determinada por el asiento respectivo», del que forma parte esencial la descripción de la finca. En un detenido estudio de las resoluciones del TS, distingue este autor:

— Sentencias que extienden la legitimación registral a los datos físicos: 21 marzo 1953, 25 enero 1958, 31 enero 1970, 27 enero 1973. En grupo aparte, por su importancia: 20 mayo 1974, 7 abril 1981 y 2 febrero 1984; por la peculiaridad del supuesto debatido: 10 noviembre 1986. Late también la idea de que la legitimación se extiende a los datos físicos en la Sentencia 18 marzo 1967.

— Sentencias no favorables a la extensión: 6 febrero 1947, 5 diciembre 1949, 13 mayo 1959, 16 noviembre 1960, 31 octubre 1961, 29 abril 1967, 16 abril 1968, 6 febrero 1987, que no se consideran, sin embargo, convincentes ni suficientes para destruir aquella línea jurisprudencial.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO»: NO ES PRECISO DEMANDAR AL ARRENDATARIO NI A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1994).

En la acción de división de la cosa común no puede surgir la figura del *litis consorcio* pasivo necesario respecto de arrendatario, dado que aquélla sólo proyecta eficacia entre los partícipes y sus causahabientes, sin perjuicio a terceros, quienes conservarán sus derechos reales y personales (art. 405 CC).

Aun cuando la división de la cosa común implique la división material de pisos o locales, no es preciso dirigir la acción contra la comunidad de propietarios dada la intangibilidad de sus derechos respecto a la modificación de las cuotas de participación.

USUCAPIÓN: REQUISITO DE POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1994).

Si bien los artículos 447, 1.940, 1.941 y 1.959 CC permiten la prescripción dominical de inmuebles, tal resultado exige la posesión en concepto de dueño y no de arrendatario como en el caso de autos.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES: BASTA LA NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE NO DEUDOR.—ABUSO DEL DERECHO (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1994).

El artículo 144 RH permite dirigir la acción sólo contra el esposo deudor, siempre que se notifique a la esposa la existencia del proceso y la práctica del embargo. La esposa no puede pretender que se le conceptúe a todos los efectos como demandada, bastando la notificación.

Se recogen las aportaciones jurisprudenciales sobre la figura del abuso del derecho: los elementos de la histórica Sentencia de 14 febrero 1944; la posterior profundización en el aspecto subjetivo; el carácter excepcional y aplicación restrictiva de la institución, que no puede invocarse cuando el exceso está amparado por un precepto legal.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITOS (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994).

Procede la declaración de propiedad cuando el actor demuestra su dominio, la identidad de la cosa y la arrogación por los demandados de un derecho de propiedad que no les corresponde.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SU FALTA O CADUCIDAD NO IMPIDE LA SUBSISTENCIA DEL EMBARGO NI LA PROSECUCIÓN DEL APREMIO.—ACCIÓN PAULIANA: CARÁCTER SUBSIDIARIO (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994).

Hechos: Embargado un inmueble, el deudor ejecutado lo vende en escritura pública. El Banco acreedor ejercita acción rescisoria del contrato de compraventa en fraude de acreedores.

Doctrina de la Sentencia: La subsistencia del embargo no está supeditada a su anotación en el Registro de la Propiedad ni a la vigencia de la anotación practicada, no impidiendo la falta de esa anotación la prosecución de la vía de apremio.

Falta la fundamental premisa de la acción rescisoria ejercitada, la subsidiariedad, cuando el Banco no impulsa adecuadamente el juicio ejecutivo ni pide la venta en pública subasta, dejando caducar la anotación de embargo.

VALOR DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1994).

Esta Sentencia cita dos Resoluciones DGRN, 24 junio 1897 y 28 junio 1899, relativas al consentimiento tácito en la partición, «no existiendo doctrina jurisprudencial sobre el tema», «a título de complemento y en sentido argumental».

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1994).

Es ineludible requisito de la acción reivindicatoria y declarativa de dominio la prueba del título de propiedad del actor. No concurre la necesaria claridad y fijeza que debe presidir la existencia del título en una compraventa cuando no resulta probada la realidad del precio cierto ni el apoderamiento del intermediario.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE LA BUENA FE.—USUCAPIÓN «CONTRA TABULAS»: FRENTE A TITULAR REGISTRAL QUE NO ES TERCERO HIPOTECARIO.—COMPRAVENTA: PROHIBICIÓN DEL ARTICULO 1.459.5.º DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1994).

No tiene la condición de tercero hipotecario el titular registral que carece de buena fe, dado el conocimiento o las posibilidades racionales de saber que la finca adquirida estaba siendo poseída por el usucapiente.

La titularidad dominical del usucapiente, por lo dispuesto en el artículo 1.957 CC para la prescripción ordinaria de bienes inmuebles, debe afectar a la titularidad registral en la modalidad de usucapición *contra tabulas*.

No está exenta de prejuicio (*ex art. 1.459.5.º CC*) la conducta del Procurador adjudicatario en subasta judicial con facultades de ceder el remate que luego hizo la cesión a favor de sus hijos.

POSESIÓN DE MALA FE: NO LO ES POR LA MERA INTERRUPCIÓN LEGAL DE LA POSESIÓN POR LA DEMANDA.—RESTITUCIÓN DE FRUTOS CIVILES AL VENCEDOR EN JUICIO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1994).

No puede considerarse de mala fe al poseedor por la mera interrupción legal de la posesión legal por demanda (*art. 1.945 CC*). Tal poseedor debe restituir únicamente los frutos percibidos durante la sustanciación del pleito, no los que el actor victorioso pudiera haber percibido (*arts. 451, párr. 1.º, y 455 CC*).

IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994).

Hechos: Se interpuso demanda contra el Ministerio Fiscal sobre impugnación de Resolución DGRN. El Tribunal Supremo anula todo el proceso por defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal.

Doctrina de la Sentencia: Las Resoluciones DGRN, como emanadas de un órgano de la Administración del Estado, a la que pertenece naturalmente la DGRN, corresponde a la Abogacía del Estado (*art. 447 LOPJ*) y no al Ministerio Fiscal.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FUENTES. DESAFECTACIÓN INICIAL Y POSTERIOR DE ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994).

El sistema de fuentes de la propiedad horizontal es el siguiente: artículo 396 CC a título de regla general; Ley 49/1960; y voluntad de los interesados manifestada en debida forma (*arts. 5.3.º y 16, normas 1.ª y 2.ª*), siempre que no contradiga los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, por ser su normativa de derecho minuscumperfectamente necesario. El CC sólo tiene carácter suplementario por aplicación de su artículo 13.2.

Un elemento en principio común (*patio*) puede ser desafectado de dos formas: inicial o atributiva *ab initio* —reserva de titularidad—, cuando así se ha constatado en el título constitutivo; y *a posteriori* —técnicamente auténtica desafectación—, a virtud de acuerdo unánime (*art. 16, norma 1.ª, LPH*).

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1994).

COMUNIDAD DE BIENES. DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1994).

A ningún comunero se le puede negar la facultad de pedir la disolución de la comunidad aunque ésta sea una situación deliberadamente buscada y la

división vaya a mejorar la posición económica del condómino. Tal conducta no es contraria a la buena fe ni abusiva.

USUCAPIÓN: REQUISITO DE POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO. COMPUTO DEL PLAZO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1994).

La posesión exigida para la usucapión ha de ser en concepto de dueño (arts. 1.941 y 447 CC), basada en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tranco. No han de tenerse en cuenta los actos de mera condescendencia del efectivo propietario (art. 444 CC en relación al 1.942) ni la posesión a espaldas del *verus dominus* y con clandestinidad.

El plazo prescriptivo comienza a correr desde el momento en que se inicia la tenencia posesoria como dueño.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

DEBERES DE LOS MÉDICOS EN EL TRATAMIENTO DE LOS PACIENTES. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1994.)

Hechos.—Un señor, padre de tres hijos pequeños en su matrimonio, acudió a un médico para hacerse la vasectomía. La operación fracasó, pues la esposa quedó nuevamente embarazada y dio a luz a dos mellizos. El médico es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—La obligación de medios a emplear por el médico puede condensarse en los siguientes deberes: utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, debiendo ser exigida la diligencia que el Derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo del diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse; continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar; en los supuestos de enfermedades crónicas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios.

Si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación, que es todavía de medios, se intensifica.

EL VENDEDOR HA DE FACILITAR LA CORRECTA TITULACIÓN PARA QUE EL COMPRADOR PUEDA INSCRIBIR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El hecho de que la inscripción registral no sea constitutiva, como se alega por la parte vendedora, no la exime de la obligación de facilitar la correcta titulación de los inmuebles que se vendieron para adecuar el Registro de la Propiedad a la realidad jurídica, de suerte que al pedirse en la demanda el cumplimiento de la obligación con la total reclamación del precio de la compraventa, por razones de hermenéutica y de economía procesal, ha de venir obligado y así se dispone al cumplimiento de las obligaciones recíprocas por la parte vendedora.

ES INDISPENSABLE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN UN PLAZO PRUDENCIAL EN EL SUPUESTO DE DISOLUCIÓN DEL ARTICULO 1373. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—En materia de bienes conyugales, tiene también dicho la Sala que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido, y no habiéndose disuelto y liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio.

La situación jurídica de la mujer respecto de los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de tercero.

El procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio. La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor o de los acreedores que se crean defraudados sería necesario aludir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1.373; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial inicialmente embargado se podría hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba habría que extender ésta a todo el caudal ganancial.

Cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir, fuera del plazo concedido,

o del transcurso de uno prudencial en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito.

NO ES APLICABLE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN LOS SUPUESTOS DE COLISIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Tiene declarado esta Sala con reiteración que en los supuestos de colisión entre vehículos de motor no es aplicable el principio de inversión de la carga de la prueba, ni de la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo ha de seguirse el criterio ya establecido en las Leyes de Partida (Partida 7.^a, Título 34, Leyes 18 y 22), que si bien no podían prever la colisión de vehículos en el sentido moderno, determinó que *<da culpa de uno non debe empescer a otro que non haya parte>*, es decir, teniendo en cuenta que el término «empescer» equivale al actual «empecer» (dañar o perjudicar), la culpa de una persona no debe perjudicar a otra que no tenga parte en esa culpa.

SOLO EL ARRENDADOR PUEDE IMPUGNAR EL EMBARGO DEL TRASPASO DE UN LOCAL DE NEGOCIO CUYO TRASPASO ESTABA PROHIBIDO CONTRACTUALMENTE. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El traspaso en ejecución forzosa permite a los acreedores cobrar con su producto, al arrendador conservar el derecho de retracto y, por otra parte, le impone un nuevo arrendatario del propio modo que se lo habría podido imponer el arrendatario al traspasar.

Este derecho de traspaso es derecho renunciable y renunciado fue por el arrendatario de autos, y sin embargo ha sido embargado. Al ser embargado sin pertenecerle al arrendatario, se trata de decidir si éste puede impugnar la realización del embargo sobre un derecho inexistente. Y la consecuencia debe ser la negativa dada en ambas instancias. Si el derecho embargado no existe, cualquiera que sea el resultado del apremio y remate, no cabe conceder legitimación al arrendatario. Que ese derecho hoy inexistente por pacto se venda en pública subasta pudiera corresponder impedirlo al arrendador, que es quien impuso la cláusula y conoce el embargo, pues sólo él tiene título legítimo en qué fundar la tercería.

Este singular recurso no puede permitir que un deudor a la Hacienda Pública se apoye en una cláusula contractual privativa de su derecho de traspaso para continuar el ejercicio de un negocio sin satisfacer la obligación cívica de pagar los impuestos a la Hacienda.

CONFESIÓN JUDICIAL: EFECTOS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La confesión judicial bajo juramento indecisorio no es de rango superior a los demás medios de prueba y su eficacia debe apreciarse en conjunción con el resultado que arrojen los restantes medios de

convicción aportados al proceso, debiendo además referirla al conjunto armónico de la confesión y no a la estimación fragmentaria de sus posiciones.

Para que la confesión haga prueba contra su autor ha de ser clara, precisa y contundente, es decir, constitutiva y demostrativa de un hecho indiscutible o de una afirmación vinculante y suficiente para destruir la apreciación de la prueba, no sólo de su conjunto, sino de otros medios particulares tenidos en cuenta por el Juez.

PROGRESIVA ESPIRITUALIZACIÓN DE LA ENTREGA. BUENA FE DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro Derecho se adscribe en el artículo 609 del Código Civil a la teoría del título y el modo para la adquisición del dominio y demás derechos reales, lo que implica que el título lo constituirán los contratos traslativo de dominio, como la compraventa, que puede contenerse en documento privado, completado por la *traditio* u ocupación material del inmueble, pero teniendo en cuenta que la entrega está presidida por una progresiva espiritualización, entendiéndose que existe si el *accipiens* tenía ya en su poder el inmueble por algún motivo (*traditio brevi manu*).

La buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria consiste en el desconocimiento de la disconformidad entre el contenido de los asientos del Registro y la realidad jurídica no coincidente con ellos.

LA RELACIÓN QUE LIGA AL NOTARIO CON SU CLIENTE ES LA DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994.)

Hechos.—Un Notario notificó el traspaso de un local de negocio después de transcurrido el plazo de ocho días que señala la LAU, por lo que el arrendador no reconoció el traspaso. El Notario es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—La relación que liga al Notario con aquel que requiere su actuación adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomienda, por lo que siendo de arrendamiento de servicios la relación contractual que liga a Notarios y clientes y las acciones que de la misma se deriven tendrán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.964, el plazo de prescripción de quince años, no transcurridos en el caso que nos ocupa cuando el actor ejerció su acción de reclamación de daños.

PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN CASO DE DAÑOS A LA COSA ARRENDADA. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Viene proclamando la actual orientación jurisprudencial de esta Sala que el demandado como autor del daño es el que debe acreditar que ha actuado con la diligencia y cuidado que requieren las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en el caso concreto. Cuando el hecho determinante del daño se produce en un inmueble arrendado (concretamente por un incendio), el artículo 1.563 del Código Civil responsabiliza al arrendatario.

tario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, y establece una presunción *inris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, que impone a éste la obligación de probar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: COMPUTO DEL PLAZO DEL AÑO. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción civil reparadora del daño al amparo del artículo 1.902 prescribe al año, como dice el artículo 1.968 del Código Civil. Cuando los hechos revisten caracteres de delito, si se sigue causa penal no puede iniciarse la vía civil, pero cuando se ha seguido y se archiva por cualquier causa se reabre la vía civil, que dura el año. Transcurrido sin ejercitarla, puede reabrirse la vía penal aportando nuevos datos si no hubiese prescrito el delito, pero si se sobreseyera o archivara nuevamente por cualquier causa no cabrá la vía civil transcurrido el año. Del propio modo, cuando se deja pasar el año fijado en el artículo 1.968 no cabe acudir a la vía penal para provocar tras el sobreseimiento el cómputo de un nuevo plazo.

EL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN REIVINDICATIVA LLEVA IMPLICA LA PETICIÓN DE CANCELACIÓN DEL ASIENTO REGISTRAL. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El hecho de haberse ejercitado una acción declarativa del dominio o reivindicatoria lleva claramente implícita la petición de nulidad del contrato o cancelación del correspondiente asiento registral y no puede ser causa de que por razón de error u omisión en el suplico de la demanda se inadmita ésta. La doctrina de esta Sala ha evolucionado, estableciendo que el artículo 359 LEC no es tan absoluto ni tan rígido que impida a los órganos judiciales hacer las pertinentes declaraciones cuando los pactos y cláusulas que integran el contrato sean manifiestamente contrarios a la moral o ilícitos, ya que ello conduciría a que, como consecuencia del silencio de las partes, los tribunales pudieran en sus fallos apoyar actos o hechos injustos y hasta delictivos.

Comentario.—Esta Sentencia interpreta con criterio flexible lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 38 LH, que establece que «... no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente». El hecho de considerar «implícita» la demanda de nulidad o cancelación tiene su precedente en la Sentencia de 16 de septiembre de 1986 y equivale a reconocer, aunque de modo algo esquinado, la imposibilidad de que coexistan, en el mundo jurídico, el asiento registral y la Sentencia que lo ignora.

SON DIFERENTES LAS ACCIONES POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE MARCA DE LAS DE NULIDAD. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1994.)

Hechos.—La sociedad «Viajes Europa Tours, S.A.», demanda a «Europa Tours, S.A.», solicitando se declare la nulidad de la inscripción en el Registro

de la Propiedad Industrial y una indemnización. La Sentencia accede a lo primero, pero rechaza la segunda petición.

Doctrina de la Sentencia.—Existe perfecta diferenciación entre las acciones por violación del derecho de marca, reguladas en los artículos 35 y siguientes de la Ley de Marcas, y las acciones de nulidad de los artículos 50 y siguientes del mismo texto legal; diferenciación que se manifiesta en su distinta finalidad y objeto, así como en los supuestos de hecho en que se dan una y otra e, incluso, por las personas legitimadas para su ejercicio; e igualmente difieren ambas acciones por las consecuencias que de su estimación se derivan.

En el presente caso se trata de una acción ejercitada por el titular de un nombre comercial registrado a su favor con anterioridad al registro del nombre comercial de la entidad demandada, entre cuyos nombres comerciales existe identidad tal que determina la nulidad del segundo; ahora bien, en tanto no se declare la nulidad del registro del nombre comercial concedido a la sociedad demandada, ésta se hallaba facultada para utilizarlo, y habiéndose limitado a usar el nombre comercial cuyo registro obtuvo, no puede entenderse que tal utilización constituya una violación del derecho de la actora, conforme al viejo principio *qui iure suo ititur, nemine laedit*, puesto que las acciones del artículo 35 se podrán ejercitar «frente a los terceros que utilicen en el tráfico económico, sin su consentimiento, una marca o signo idéntico o semejante...», siendo por tanto tercero quien no está protegido por el Registro, no quien, como la sociedad demandada, utiliza su derecho al amparo de su titularidad registral.

CONTRATO CELEBRADO POR LOS REPRESENTANTES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN FORMACIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Ante un contrato celebrado por los representantes o gestores de una sociedad anónima en formación (después de otorgada la escritura pública de su constitución, pero antes de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil), si bien es cierto que cuando no se produzca la aceptación o ratificación de dicho contrato por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a su inscripción la otra parte contratante puede, en principio, apartarse o revocar el contrato, también lo es que ello no pasa de ser una mera y posible facultad de dicha parte contratante, de la que, desde luego, puede no hacer uso si lo considera conveniente, en cuyo caso siempre responderán frente a él los gestores que contrataron en nombre de la sociedad, o incluso ésta misma si la aceptación llega a producirse.

FIANZA: EL ARTICULO 1.844.3." DEL CÓDIGO CIVIL NO ES APLICABLE CUANDO LOS COFIADORES TIENEN UN INTERÉS COMÚN EN EL PAGO DE LA DEUDA. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La exigencia del párrafo 3.º del artículo 1.844 CC, que sólo concede acción de reintegro contra los cofiadores al fiador que realizó un abono justificado, para evitar a dichos cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, caprichosa o maliciosa por parte del fiador que pagó, tiene plena e innegable virtualidad cuando los fiadores son totalmente extraños o ajenos a la deuda garantizada. Sin embargo, la expresada exigencia pierde la *ratio legis* que la justifica cuando los expresados fiadores tienen un interés

común en el pago de la deuda, pues para dicho supuesto esta Sala tiene establecida la doctrina de que cuando se comprueba de forma incontrovertible que el contrato de fianza viene en definitiva a garantizar el pago de una deuda principal, del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde su carácter de accesoriedad *strictu sensu*, con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes, para que, por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, el que ha arrojado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

LAS LICENCIAS DE OBRAS NO PUEDEN IMPONERSE A LOS CONTRATOS.
(SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Las licencias de obras responden a actuaciones administrativas de control y finalización, pero no se integran y, menos, someten a las mismas los contratos de compraventa de los edificios construidos salvo pacto expreso en contra, de tal manera que los adquirentes acceden a la propiedad en orden y relación a que cumplan la finalidad que motiva su compra, es decir, la entrega de viviendas, por consecuencia de contrato de compraventa libre y decididamente concertado.

Las referidas licencias de obras, en cuanto actos meramente administrativos municipales, no pueden imponerse a los contratos civiles y menos tiranizarlos como se pretende, pues ello vendría a desnaturalizar la relación obligatoria y hacer dificultosas las exigencias de responsabilidades de constructores y promotores.

LEY DEL SEGURO: LA PARTE QUE POR SU PROPIA VOLUNTAD DEJE DE NOMBRAR AL PERITO QUEDA VINCULADO POR EL DE LA OTRA. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1994.)

Hechos.—Un señor falleció teniendo un seguro de vida en que se preveía doble indemnización en caso de muerte por accidente. Como surgieron discrepancias entre la viuda y la compañía aseguradora sobre si la muerte se había debido o no a accidente, la viuda nombró un perito para determinar tal circunstancia, cosa que no hizo la aseguradora, por lo que queda vinculada por el informe del perito nombrado por la viuda.

Doctrina de la Sentencia.—La presunción legal que contiene el inciso último del párrafo 4.º del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro al decir: «se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte», no es de naturaleza *iuris tantum*, sino que lo es *iuris et de iure*, pues de no ser así quedaría vacío de contenido normativo el precepto imperativo que agrega dicho párrafo cuando dice: «quedando vinculado por el mismo». No cabe la posibilidad legal de que la parte que por su propia y exclusiva decisión dejó de nombrar al perito pueda impugnar el informe emitido por el nombrado por la otra parte, sino que queda vinculado por el mismo.

LAS CAPITULACIONES NO ALTERAN EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIO. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso acusa la infracción del artículo 1.327 CC entendiendo que no es el momento de la inscripción de los inmuebles el que consume el cambio de régimen matrimonial, y por ello solicita la casación parcial de la Sentencia para establecer que el momento en que se consume la modificación del régimen matrimonial es el del otorgamiento de la escritura pública en que se acuerda dicha modificación o, en todo caso, con su inscripción en el Registro Civil. Pero la validez de las capitulaciones dependen de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma *ad solemnitatem* y no meramente en forma *ad probationem*, y su eficacia y oponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil; mas estas circunstancias no alteran el régimen de publicidad registral inmobiliario, con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1.333 del Código Civil, respecto de los inmuebles concretos afectados por capitulaciones matrimoniales en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, y especialmente en concordancia con lo establecido por el artículo 75 del Reglamento Hipotecario.

EL AUTO DE ADJUDICACIÓN DE BIENES ESTA EQUIPARADO A LA ESCRITURA PÚBLICA A LOS EFECTOS DE LA «TRADITIO FICTA». (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Sabido es que la tradición puede ser real o simbólica y que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato si de tal documento no resultare lo contrario; *ficta traditio* del artículo 1.462.2.º del Código Civil, que conviene examinar si se da también, por equiparación, en el auto de adjudicación de bienes dictado después de una subasta judicial. La doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión; pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo en el sentido de que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o *ficta* al no ser *numerus clausus* la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1.462.2.º a 1.464 del Código Civil.

Esta corriente interpretativa ha sido recogida por el legislador en la Ley 10/1992, de 30 de abril, al modificar los artículos 1.514 y 1.515 de la LEC, disponiendo que «será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario con el visto bueno del Juez».

Esta reciente reforma procesal viene a ratificar y consolidar *post facto* la transcrita jurisprudencia interpretativa de esta Sala y, en definitiva, conduce a entender que la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública.

PRINCIPIO GENERAL DE QUE NADIE PUEDE IR VALIDAMENTE CONTRA LOS PROPIOS ACTOS. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El principio general de Derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos ha sido sancionado de antiguo por la jurisprudencia de esta Sala, que ha declarado que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SS., entre otras, de 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 4 y 10 de mayo de 1989 y 20 de febrero de 1990).

EL PROMOTOR-CONSTRUCTOR ESTA COMPRENDIDO EN LA RESPONSABILIDAD DECENAL. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—A efectos de la responsabilidad decenal, ex artículo 1.591 del Código Civil, es doctrina consolidada y uniforme de esta Sala la de que dentro del término «contratista», que únicamente utiliza dicho precepto cuando de vicios de construcción se trata, ha de considerarse comprendido también el llamado «promotor-constructor», debiendo entenderse por tal la persona (física o jurídica) que reúne los siguientes caracteres: ser propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquel, enajenante o vendedor de los diversos pisos o locales en régimen de propiedad horizontal y beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, a lo que no se opone el que para la ejecución y realización del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integren el conjunto del edificio. Dentro de dicha figura de promotor-constructor no puede considerarse comprendido al propietario del terreno que mediante un frecuente y atípico contrato *do ut des* se limita simplemente a permutarlo con un constructor a cambio de una parte de la obra que el constructor edifique sobre dicho terreno.

LA ACCIÓN QUE PUEDE EJERCITAR EL TENEDOR DE UN CHEQUE ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción que el tenedor de un cheque puede ejercitar contra el librador o endosante del mismo, que se hubiera enriquecido injustamente en su perjuicio, es de naturaleza subsidiaria por cuanto la misma sólo puede ser ejercitada cuando dicho tenedor hubiere perdido la acción cambiaria y no pudiese ejercitar acciones causales, según establece expresamente el párrafo 2.º del artículo 153, en relación con el 65, ambos de la Ley Cambiaria y del Cheque. La viabilidad de toda la acción por enriquecimiento injusto exige que el empobrecimiento del actor vaya acompañado de un correlativo e injustificado aumento del patrimonio del demandado.

LA FALTA DE ADVERACIÓN NO MERMA DE SU VALOR A LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala tiene establecido que el artículo 1.225 CC no quiere decir que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado hecho por aquellos a quienes afecta sea el único medio de probar su legitimidad, porque ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento, y por ello la falta de adveración no merma de su valor a los documentos privados y pueden ser tomados en consideración, ponderando su grado de credibilidad, atendidas las circunstancias del debate (SS. de 27 de enero de 1987, 23 de marzo y 22 de octubre de 1992).

EL CONTRATANTE HA DE SOPORTAR LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS QUE CELEBRO CON ANTERIORIDAD SU TRANSMITENTE. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El principio general del derecho «res Íter alios acta nobis nec nocet nec prodest», recogido en abundante doctrina legal, de la que son ejemplos las Sentencias de 26 de abril de 1886 y 14 de mayo de 1952, principio que además trasciende en el párrafo 1.º del artículo 1.257 CC, impide declarar la eficacia de un contrato con respecto a aquel que no ha sido parte en el mismo ha de ser interpretado de acuerdo con otro principio que le complementa, el de la relatividad del contrato, de manera que el contratante a título particular ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido (SS. de 17 de diciembre de 1959 y 9 de febrero de 1965).

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA CULPA DEL AGENTE SE PRESUME «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual, sancionada en el artículo 1.902 CC, no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia, puntualizando en el inciso final del artículo 1.104 que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarlo, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad subjetiva, basada en el riesgo o peligro, que expulsa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum* y hasta tanto no se demuestre que el autor de los daños obró con prudencia y diligencia.

ES EFICAZ LA OBLIGACIÓN, ASUMIDA CONTRACTUALMENTE, DE PAGAR EL IMPUESTO DE PLUSVALÍA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1994.)

Hechos.—Doña Angela vendió un solar a don Miguel, y se pactó en la escritura que todos los gastos e impuestos, incluso el Impuesto de Plusvalía,

serían de cuenta del comprador. Don Miguel pagó más de veinte millones de plusvalía, y demanda a doña Angela para que se lo reembolse. La demanda es rechazada.

Doctrina de la Sentencia.—No se trata de discutir a quién corresponde pagar el impuesto *ex lege*, ya que el mismo se justifica por la ganancia real o contable que pone de manifiesto la transmisión de la propiedad de los terrenos de naturaleza urbana de uno a otro patrimonio, y que en la actual legislación aplicable se configura, para las cesiones onerosas, como de cargo directo del vendedor.

Tampoco se trata de un pago por otro y situación de subrogación, sino del cumplimiento de una obligación asumida contractualmente, lícita y eficaz, conforme al precepto 1.255 del Código Civil, en razón a lo expresamente pactado, y que el que recurre no cumplió, y pretende, faltando a la literalidad del contrato y lealtad obligacional, que sea de cuenta de la vendedora del inmueble, la que no la había asumido en forma alguna.

J. Q. S.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

CONCUBINATO. UNION DE HECHO. DONACIÓN. MOTIVO CAUSALIZADO. DIFERENCIA DE LA CAUSA ILÍCITA. LEGISLACIÓN FRANCESA. ARTÍCULOS 1.131 Y 1.133 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y 12 Y 1.175 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Don R. G., de nacionalidad francesa, declarado culpable del divorcio de su esposa por abandono acompañado de circunstancias injuriosas, de cuyo matrimonio tuvo tres hijos, otorgó testamento dejando en el mismo bienes a la demandada, apelante y recurrida doña N. M. V., con la que había convivido durante años, siendo conocida de hecho como su esposa primero y luego como su viuda, a la que además entregó determinadas sumas de dinero por importe total de 3.419.156 pesetas, aparte de otras donaciones.

Interpuesta demanda por los hijos del causante contra doña N. M. V. y la sociedad «Manu, S.A.», la titularidad de parte de cuyas acciones se discute, el Juzgado número 1 de Primera Instancia de Marbella declaró la nulidad absoluta de todas las donaciones efectuadas y de los legados dispuestos por don R. G. a favor de la demandada por tener causa torpe e inmoral. Apelada la Sentencia por la demandada, la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga revocó la Sentencia del Juzgado y resolvió que todos los bienes y derechos dejados en el testamento otorgado por don R. G. a favor de doña N. M. V., así como la cantidad de 3.419.156 pesetas, recibidas por la misma como donación entre vivos, sean traídos a colación como integrantes de la masa hereditaria al juicio universal de testamentaria promovido por los hijos de dicho causante, a los efectos de la posible reducción de las disposiciones de que son objeto por violación de los derechos de los herederos forzosos,

desestimando los demás pedimentos contenidos en la demanda. Interpuesto recurso de casación por los actores y apelados, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al mismo en base a los siguientes fundamentos:

Primero. Por los actores que constan, se presenta demanda tramitada en el juicio declarativo de menor cuantía contra doña N. M. V. y la entidad «Manu, S.A.», a los fines de que se declare que la titularidad de la demandada de las acciones de «Manu, S.A.», y las propiedades adquiridas por ésta encubren una donación *inter vivos* efectuada por R. G. (padre de los actores) a favor de dicha demandada; que se declare la nulidad absoluta de dicha donación por tener causa torpe e inmoral y que se declare la nulidad de los legados a favor de la demandada también por causa inmoral o bien, que subsidiariamente, para el caso de no ser decretada la nulidad absoluta pedida, se declare que todos los bienes donados *inter vivos* y *mortis causa* a su favor por el causante ingresen en la masa hereditaria del juicio universal de testamentaria, a los fines de fijar la reserva hereditaria, con las demás peticiones que constan en su escrito; demanda que fue objeto de contestación por los codemandados y que se resolvió por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Marbella de 15 de noviembre de 1990, estimatoria en parte de la demanda, en la cual, y tras el rehuso de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario esgrimido por los demandados, se hace constar en el considerando 3.º que según se había resuelto por éste Juzgado en Sentencia de 31 de diciembre de 1981, ha quedado acreditado que la propiedad por parte de la demandada de las acciones de «Manu, S. A.», encubre una donación *inter vivos* efectuada a ésta por R. G., padre de los actores; en el cuarto considerando se razona que conforme el apartado 8 del artículo 9 CC, la sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del causante, esto es, el Código Civil francés; en el quinto considerando que, en consecuencia, aplicando la legislación francesa, «en cuanto a declarar la nulidad de las obligaciones nacidas de causa ilícita por opuesta a las buenas costumbres, siendo tal la situación de don R. G. y doña N. M. V. que, según propia confesión, han convivido en la misma casa durante años, siendo conocida primero como la señora G. y tras el fallecimiento de éste como su viuda, habiendo sido declarado culpable el fallecido del divorcio de su esposa por abandono acompañado de circunstancias injuriosas, como se acredita por la Sentencia del Tribunal Francés que conoció de la misma, abandonando asimismo a sus tres hijos, entonces menores de edad y que ahora son los demandantes, por lo que procede acceder a lo solicitado en los puntos 2 y 3 del suplico de la demanda»; Sentencia que fue recurrida en apelación por los codemandados y que se resolvió por la de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de octubre de 1991; revocando en lo concerniente la primera Sentencia, declarando que todos los bienes y derechos dejados en el testamento otorgado por R. G., en 28 de mayo de 1974, a favor de N. M., así como la cantidad de tres millones cuatrocientas diecinueve mil ciento cincuenta y seis pesetas (3.419.156 ptas.), recibido por la misma por «donación *inter vivos*», serán traídos a colación como integrantes de la masa hereditaria al juicio universal de testamentaria promovido por sus hijos a los efectos de la posible reducción de las disposiciones correspondientes, desestimando las demás peticiones contenidas en la demanda; decisión que se apoya en la siguiente línea de razonamiento: en el fundamento jurídico 1.º se rehusan las excepciones planteadas, aspecto que deviene firme habida cuenta el objeto de

este recurso; en el fundamento jurídico 2.º se aduce, en cuanto al fondo del asunto, que deben resolverse las dos peticiones con carácter alternativo, esto es, la primera de nulidad por causa inmoral de las donaciones *inter vivos* y disposiciones testamentarias, y la segunda su reducción por inoficiosas; con respecto a lo primero, en el fundamento jurídico 3.º se dice en cuanto a las liberalidades *inter vivos* (y literalmente: «sin que sea necesario el examen crítico de la existencia de las disposiciones *mortis causa* a favor de la demandada, pues constan en el testamento del Sr. G.» —obrantes en autos—) que es preciso determinar que dentro de esas donaciones se encuentran, por una parte, los desembolsos de capital efectuados en la adquisición de acciones para la ampliación de la sociedad «Manu, S.A.», y otro, las cantidades que puede haber recibido la demandada del señor Gordon durante la vida de éste para inversiones inmobiliarias; por lo que respecta a las primeras, no existe en autos ninguna prueba objetiva de que las aportaciones a la sociedad «Manu, S.A.», efectuadas por doña N. M., se hayan sufragado con dinero donado por el señor G., habiendo quedado demostrado la capacidad de la demandada a tales efectos; con relación a las cantidades recibidas del señor G. por la señora M. y por la entidad «Manu, S.A.» entre los años 1971 y 1973, ascendentes a tres millones cuatrocientas diecinueve mil ciento cincuenta y seis pesetas (3.419.156 ptas.), la prueba practicada deja fuera de toda duda su realidad, y que han de ser calificadas como donaciones al no haberse probado que llegaron a poder del señor G.; en el fundamento jurídico 4.º se hace constar con respecto a la aplicación del Derecho francés y a la calificación de tales donaciones cuya nulidad se insta en la pretensión ejercitada, y en virtud del reenvío de los artículos 9.1 y 10.7 CC, ha de tenerse en cuenta que «se acciona en la litis la nulidad de donaciones y disposiciones testamentarias por la concurrencia de causa ilícita, torpe o inmoral en las mismas, dado que tiene por causa la situación de concubinato entre el donante y testador y la destinataria de sus liberalidades, al amparo de los artículos 1.131 y 1.133 del Código Civil francés, concordantes con el 1.275 del español. La doctrina legal francesa invocada —y acreditada en autos conforme a lo dispuesto en el art. 12 *in fine* del Código Civil español— enseña que están viciados de nulidad los actos de liberalidad que obedecen al fin de remunerar relaciones concubinarias habidas entre el favorecedor y la favorecida. Ahora bien, para la admisión de este motivo de nulidad se requiere la prueba de que las impugnadas liberalidades constituyen efectivamente el pago o remuneración de las relaciones concubinarias. Aun dando por supuestas tales relaciones de concubinato, lo que no puede darse como cierto es que las referidas disposiciones a favor de la demandada tengan como finalidad, o al menos como única finalidad, la gratificación de aquéllas, pues de lo actuado se comprueba que la convivencia no se redujo a los aspectos sentimentales o sexuales, sino que durante el tiempo de vida en común la demandada gestionó los negocios del señor G., que se encontraba aquejado de las dolencias que terminaron por causarle la muerte, y asimismo le atendió en su enfermedad, necesitada de visitas a facultativos españoles y extranjeros y de medicación constante, lo que constituye una serie de atenciones cuyo pago no es exigible jurídicamente, pero que justifican una remuneración unilateral en cumplimiento, bien de un deber de conciencia, bien de una obligación natural, y que al ser manifestada de modo expreso en el testamento constituyen lo que la doctrina patria denomina motivo causalizado y cuya presencia desdibuja la imagen de simple concubina o *maitresse* que los actores pretenden ver en la demandada», por lo que procede desestimar la petición de nu-

lidad por causa ilícita de esas donaciones *inter vivos* y de las disposiciones testamentarias a favor de la demandada; en el fundamento jurídico 5.º, en cuanto a la pretensión —con carácter subsidiario— de que todos los bienes donados *inter vivos* y *mortis causa* a favor de la demandada se ingresen en la masa hereditaria del juicio universal de testamentaria, y tras la aplicación de lo dispuesto en los artículos 913, 920 y 921 Código Civil francés, se escribe lo siguiente: «A este respecto, los artículos 913, 920 y 921 del Código Civil francés disponen que las liberalidades que excedan de la cuarta parte del caudal relicto, habiendo tres hijos herederos forzosos, habrán de reducirse en cuanto al exceso; y habiéndose probado en autos el testamento del causante con disposiciones a favor de la demandada que no es heredera forzosa, así como las donaciones *inter vivos* efectuadas a ésta y la concurrencia en la sucesión de tres hijos, herederos legitimarios, debería haberse demostrado que las liberalidades a favor de la demandada exceden de la cuarta parte del valor de los bienes hereditarios para el éxito de tal pretensión; sin embargo, esta falta de valoración no tiene necesariamente que constituir un óbice para la declaración pretendida, toda vez que la confrontación del valor de lo dejado en testamento y donado en vida a la demandada con el de los bienes dejados por el testador a sus hijos puede hacerse, y es el cauce procesal oportuno, en el juicio de testamentaria promovido en su día por los demandantes. No ofreciendo problema la determinación de los bienes y derechos que deben ser traídos a colación por la demandada de entre los que le han sido legados en testamento, pues lo son la totalidad de los mismos, sí resulta procedente puntualizar en este momento los que deben colacionarse como donados en vida por el señor G., de acuerdo con las consideraciones obtenidas en los precedentes fundamentos de derecho. Así pues, al no haberse probado que las acciones de la entidad «Manu, S.A.», que pertenecen a doña N. M. fueron adquiridas con la ayuda económica del señor G., no deben ser traídas a colación en la masa hereditaria; y en cuanto a los bienes inmuebles —los aportados a «Puente Romano, S.A.», y la finca en que radica el chalé Villa Santa Nuria—, tampoco han de traerse a colación, pues no se ha probado en autos que tales bienes inmuebles fueran donados a la demandada por el difunto ni se ha probado el carácter de donaciones encubiertas que se atribuye a su adquisición, carga probatoria que corresponde a los actores (SS. de 5 de diciembre de 1984 y 17 de mayo de 1986), mientras que lo patente y manifiesto es la remesa de cantidades desde las cuentas del señor G. en el extranjero a favor de la demandada en la cuantía en que ha sido objeto de prueba, y por tanto esta cantidad —ascendente a tres millones cuatrocientas diecinueve mil ciento cincuenta y seis pesetas (3.419.156 ptas.)— es la que debe ser llevada a colación al juicio de testamentaria mencionado», por lo que procede dictar la resolución indicada; frente a la cual se alza el presente recurso de casación por los actores, con base a los ocho motivos que integran su escrito de formalización (el Fiscal se opuso a la admisión de los cuatro primeros) y que son objeto de examen por la Sala.

Segundo, En los cuatro primeros motivos se denuncian por la vía del extinto número 4 del artículo 1.692 LEC los correspondientes errores en la apreciación de la prueba en que ha incurrido la Sentencia recurrida a consecuencia de no haber tenido en cuenta el contenido de los documentos que se enumeran a continuación: en el primer motivo, los documentos aportados por fotocopia con la demanda, bajo los números 15, 16, 17, 18, 19 y 20 (ff. 32 a 37),

dedicándose el motivo a analizar el contenido de dichos documentos relativos a talones bancarios expedidos por las correspondientes entidades; en el segundo motivo se hace constar que dicho error proviene del contenido del documento público acompañado como número 12 de la demanda, consistente en una certificación literal de las inscripciones 5.^a, 6.^a y 7.^a de la finca número 3.258, y primera de la finca número 21.444; en el tercer motivo, el error deriva de los documentos aportados a la demanda con los números 10 y 11 (ff. 34, 35 y 36); en el cuarto motivo se refiere el error derivado de los documentos aportados en el escrito de contestación a la demanda, bajo los números 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, con el contenido que se examina al contemplar cada uno de dichos documentos. *Todos y cada uno de los motivos han de rehusarse* compartiendo el criterio del dictamen fiscal de 22 de abril de 1992, expuesto en el trámite de admisión (que decía: «Considera no deben ser admitidos los cuatro primeros motivos del escrito de formalización del recurso, ya que con los mismos no se trata de evidenciar un error documental, único a cuyo amparo puede articularse el mismo, sino que se trata de una amplia y personal valoración de la prueba tratando de convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia») y, que como es conocido, en este trance esas causas de inadmisión funcionarán como causas de desestimación, lo cual confirma el rehusar de susodichos motivos, por cuanto que, al margen de que se refieren a un conjunto documental cuya compulsa por este Tribunal equivaldría en la práctica a examinar la mayor parte de la prueba documental incorporada en autos, lo que conculcaría el rigor técnico de la casación al equipararlo a una tercera instancia (en Sentencia de fecha 21 de marzo de 1991), se hacía constar los siguiente: «la casación no es una tercera instancia, por ello no cabe al amparo de la denuncia de error revisar toda la prueba (SS. de 1, 15 y 27 de febrero, 6 de marzo, 3 y 17 de junio, 3 de julio, 27 de septiembre, 2 y 10 de octubre, 6 y 15 de noviembre y 19 de diciembre de 1989), menos aún desarticularla cuando se ha valorado conjuntamente (SS. de 6, 9, 14, 15 y 16 de febrero, 15 y 17 de marzo, 5 de junio, 7 de julio, 29 de septiembre y 16 de noviembre de 1989) y sacar sus propias conclusiones o deducciones, cual hace el recurrente, para hacerlas prevalecer (SS. de 22 de enero y 9 de octubre de 1989), el documento de apoyo ha de ser literosuficiente, revelador por sí mismo, sin necesidad de interpretaciones, hipótesis o inferencias, del error denunciado, y no estar contradicho por otras pruebas (SS. de 2, 10 y 22 de febrero, 18 y 28 de abril, 23 y 27 de septiembre, 6 y 29 de noviembre y 5 de diciembre de 1989)...», se subraya que ninguno de tales documentos sirve para fundar un motivo revisorio, a los fines de alterar los aspectos fácticos recogidos en la Sentencia de apelación, ya que por tratarse de documentos aportados por los escritos originales e incorporados en autos, evidentemente, ya han sido examinados por la Sala (se decía en Sentencia de 12 de febrero de 1991: «No tienen carácter de documentos para servir de base al objeto de evidenciar error en la apreciación de la prueba, los que han sido tenidos en cuenta y valorados por la Sala sentenciadora de instancia, y la vía del núm. 4 del art. 1.692 LEC no es la adecuada para establecer interpretaciones y apreciaciones jurídicas...», sin que del examen y conclusiones al respecto se incurra en ningún desvío de ilegalidad o provoque un discurso absurdo e ilógico), por lo cual han de rehusarse los mismos. En el quinto motivo se denuncia, al amparo del anterior número 5.º del artículo 1.692 LEC, la afirmación de la Sentencia recurrida al decir que ha quedado demostrada la capacidad económica de la demandada, lo que determina que ha adquirido con fondos propios las acciones de

«Manu, S.A.», y por ello, como titular de las referidas acciones de las fincas que se enuncian y que ello infringe por no aplicación el artículo 1.214 CC, pues —continúa el motivo— de la documentación aportada en autos por la contraparte se evidencia con toda claridad que doña N. M. no tenía capacidad económica, pasando anteriormente al análisis de los referidos documentos. *Tampoco el motivo es de recibo*, por cuanto que el soporte del mismo, como expresamente reconoce, radica en el análisis de los documentos aportados por la propia contraparte, esto es, documento número 2 de contestación de la demanda; documentos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 también de esa contestación, lo cual deriva que, en puridad técnica, debía haberse introducido —al tener esa apoyatura en el contenido circunstanciado de tales documentos— a través del pertinente motivo revisorio, esto es, el extinto número 4 del artículo 1.692 LEC; por lo tanto, al no haberse hecho así, debe prevalecer el aserto de que parte la sentencia recurrida al entender que las adquisiciones y aportaciones a dicha sociedad se hicieron con fondos de la propia demandada, y por lo tanto por estas aportaciones y capacidad económica de la demandada en caso alguno se pueden calificar dichas aportaciones como donaciones efectuadas por el padre de los causantes, por lo que *el motivo ha de rehusarse*. En el sexto motivo se denuncia, por igual vía jurídica, la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 CC al no haber deducido a partir de los hechos acreditados la presunción de que las acciones de «Manu, S.A.», y a través de ella las dos fincas reseñadas, habían sido donadas, dedicándose el motivo a considerar los hechos acreditados al respecto a los fines de obtener dicha conclusión. *Tampoco el motivo se comparte*, ya que viene a cuestionar la Sentencia recurrida por no haber utilizado el cauce de las presunciones; y al punto se resalta que, como es sabido, la libertad de los medios probatorios incorporados en los autos es tal que, en especial, determina que la propia convicción de la Sala sentenciadora pueda fundamentarse en un medio u otro, o bien en la totalidad de los así existentes, sin *que*, dadas las vicisitudes del litigio, tenga forzosamente que seguirse un medio probatorio en vez de otro [se decía en Sentencia de 18 de marzo de 1993: «Es doctrina reiterada y constante que el art. 1.253 CC autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los autos, no resulta infringido dicho precepto» (SS. 3-12-88, 7-7-89, 21-12-90 y 17-7-91). La censura del proceso hermenéutico no es lícito verificarla a través de la denuncia de la vulneración del artículo 1.253 CC, aduciendo que la Sala de instancia debió seguir aplicando dicho artículo, un proceso presuntivo (SS. 23-9 y 4-11-88) pues no se infringe el precepto por su no aplicación, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (SS. 22-2, 16-3, 5 y 24-5, 26 y 2-11-89). También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez) es difícil que pueda exigírsele su aplicación, y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiera sido propuestas por las partes y discutida en el pleito (SS. 30-4 y 11-10-90), pero en todo caso hay que insistir en que esta Sala descarta que se le pueda exigir que emplee dicho medio probatorio (SS. 5-2, 11-3, 6 y 27-10, 11-11 y 9-12-88)»], y así destaca en el caso de autos que la convicción de la Sala sentenciadora se refleja (de una manera explícita) en el contenido de su fundamento jurídico 3.º, en donde se subraya que con respecto a las aportaciones a la sociedad «Manu, S.A.», efec-

tuada por doña N. M., no existe en autos ninguna prueba objetiva de que dichas aportaciones no han sido con dinero donado por el señor G., por lo que el motivo ha de rehusarse. En el séptimo motivo se denuncia por igual amparo procesal la infracción en que ha incurrido la Sentencia al no considerar que las donaciones efectuadas por don R. G. a doña N. M. tienen por causa la relación de concubinato existente entre ambos, por lo cual se infringe el artículo 1.249 en relación con el 1.253 CC; argumento éste del motivo que sólo se apoya en un juicio parcial del recurrente, por cuanto que la Sala razona que tales donaciones no pueden considerarse incursas en causa de nulidad, haciendo al punto aplicación del propio Derecho francés (ordenación no discutida en el recurso); y así, con gran visión técnica, se especifica en dicho fundamento jurídico 4.º la normativa aplicable, examinando lo dispuesto en los artículos 1.131 y 1.133 CC francés (la obligación con causa ilícita o prohibida por la Ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público no produce efecto), concordantes con el 1.275 CC español, obteniendo en su razonamiento la correcta conclusión de que si bien las donaciones pudieran estar viciadas de nulidad, cuando se hacen para compensar una estricta y pura relación concubinaria, en el caso de autos ello no es posible entenderlo así, ya que la relación existente entre el donante y el donatario no era de este cariz, sino una relación de convivencia y dentro de un ambiente familiar marginante de la propia *convivencia «more uxorio»*; a la que cabe añadir que resulta esclarecedor incluso las propias expresiones vertidas por el donante en su testamento de 28 de mayo de 1974, en donde al referirse a los prolegados indica literalmente que prelega a su bien amada N. M. —la demandada—, que «le cuidó como una madre», a la que nombra asimismo heredera universal de todos los bienes; doctrina ésta que induce al Tribunal de Instancia a considerar la existencia de lo que se denomina un motivo causalizado, es decir, un móvil interno que por no ser reproducible se integra en el elemento causal del negocio gratuito al respecto; siendo por lo demás, pues, esta tesis perfectamente asumida e, incluso, si el litigio hubiera transcurrido por los cauces resolutivos de nuestro Derecho positivo español, igualmente debía aplicarse la misma línea de razonamiento, ya que no cabe poner en entredicho, dentro de una óptica de interpretación moderna, que en una relación *de facto* entre una pareja durante varios años, como la que existe entre el donante y donataria, puede entenderse que (y con independencia de que se le denomine como de concubinato) integre una causa torpe o ilícita a la que se refiere el artículo 1.275 CC, sobre todo hoy día, cuando por la propia tutela de esa familia *de facto*, del propio artículo 39 CE, es evidente que la existencia y dispensa jurídica de tal concierto familiar ha de tender a aproximarse, en su modalidad *more uxorio*, a los de la familia legalmente constituida, por lo que el motivo ha de rehusarse. En el octavo motivo se denuncia la infracción por violación de los artículos 1.275 CC, en relación con el 1.133 del Código francés, ya que se establece en ambos preceptos que los contratos sin causa, o causa ilícita, no producen efecto alguno y que la causa es ilícita cuando es contraria a la moral y las buenas costumbres, concluyéndose que, a la vista de esta doctrina, el iniciar y mantener un estado de mancebía es causa contraria a la moral y a las buenas costumbres. *El motivo se rechaza*, pues debe aplicarse cabalmente la línea de razonamiento precedente al contestar el motivo anterior, por lo cual con *el rehusé del motivo* procede la confirmación de la Sentencia recurrida, que ajusta su decisión de la sanción prevista en el artículo 920 («las disposiciones, sea entre vivos o por causa de muerte que exceda de la cuota disponible —art. 913; la cuarta parte

en el caso de autos—, se reducirán a esta cuota cuando se abre la sucesión») en relación con el 921, todos del CODE, y la desestimación del recurso, con los demás efectos derivados.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don E. B. L. G., doña B. G. A. de M. y doña S. G. C. G. contra la Sentencia pronunciada por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha 28 de octubre de 1991, y condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso; y a su tiempo comuníquese esta resolución a la citada Audiencia, con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

UNION DE HECHO. VIVIENDA FAMILIAR, ALIMENTOS. ARTÍCULOS 1.396 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1994.)

No es posible la aplicación analógica de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil a las uniones de hecho.

Pedida por la demandante, apelante y recurrida, por aplicación analógica de las normas legales matrimoniales a la unión de hecho se la asignase, una vez cesada ésta, el uso y disfrute de la vivienda familiar y una pensión mensual, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara haber lugar al recurso interpuesto por el demandado y apelado contra la Sentencia de la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. Según establece la sentencia recurrida en casación, dictada por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en 27 de mayo de 1991, la actora, doña C. V. D., que pidió se declarase su derecho al uso y disfrute de la que llama vivienda familiar, más una pensión mensual de 100.000 pesetas y 200.000 pesetas en concepto de litis expensas, se basa en los siguientes presupuestos fácticos: a) En el año 1964 las partes iniciaron una convivencia que perduró hasta 1987; b) Fruto de esa relación nació un hijo, don A. M. y V., mayor de edad al tiempo del litigio, que fue reconocido por el demandado, don A. M. S., y adoptado (la entonces adopción simple) por la actora, ya que no podía reconocerlo al ser su estado civil el de casada, en virtud de matrimonio contraído con tercera persona en 1959, de la que se había separado de hecho al año escaso de dicho matrimonio; c) La unidad formada por esas tres personas pasó a ocupar la vivienda sita en la calle Fresser, 7, ático, 2.^a, de Barcelona, habiendo vivido todos en la misma hasta la ruptura de la relación de pareja en 1987; d) Desde que en 1967 se instalaron en Barcelona, la actora no desempeñó trabajo por cuenta ajena retribuido, ocupándose de los trabajos de tipo doméstico, para cuyos gastos le entregaba el demandado, en el año 1987, la suma mensual mínima de 52.000 pesetas; y e) Que el demandado tenía unos ingresos mínimos «en nómina» de 80.000 pesetas.

Considera la Audiencia que tal realidad es pacífica y, en contra de la tesis del Juzgado de no caber la aplicación analógica de los preceptos reguladores de los efectos de separación o divorcio matrimonial, que al existir bilateralidad sexual, madurez física y psicológica, relación sexual, *affectio maritális* y convivencia *more uxorio* se ofrecen los rasgos básicos de la familia, «con la única salvedad de omitir la formalización social de tal unión», por lo que con cita del artículo 39 de la CE y estimando que la misma no distingue entre familia matrimonial y extramatrimonial, aplica la analogía (art. 4 del CC) y los artículos 96 y 97 del propio texto legal para acoger parcialmente el recurso y la demanda.

Contra la resolución del órgano jurisdiccional colegiado recurre en casación don A. M. S.

Segundo. El primer motivo se ampara para su admisión a trámite en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y denuncia como infringidos los artículos 14, 32.1 y 39 de la Constitución Española. El segundo se ampara procesalmente en el número 5 del artículo 1.692 de la LEC (redacción anterior a la Ley 10/1992) y considera infringidos los artículos 4.1, 96 y 97 del CC.

Ambos motivos pueden ser tratados unitariamente y el primero, aun con la oposición del Ministerio Fiscal, en cuanto el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 8 de febrero de 1993 (referida a un caso de convivencia *more uxorio* y la prórroga del arrendamiento para el sobreviviente de la pareja, en supuesto en el que se cuestionaba la buena o mala fe), estableció que, en principio, la anterior consideración (la consignada en el precedente paréntesis) se encuentra en el ámbito de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, que corresponde a los Jueces y Tribunales y, consiguientemente, es ajena al que es propio del recurso de amparo; sin embargo, en la medida —sigue diciendo— en que dicha consideración afecta en el presente caso los principios y valores reconocidos en los artículos 14 y 39.1 de la Constitución Española, no carece de relevancia constitucional y merece ser examinada en esta sede. También expresa que la protección constitucional de la familia que consagra el artículo 39.1 se extiende no sólo al matrimonio, sino a las uniones no matrimoniales por imperativo del artículo 14 a los efectos de la extensión del derecho a la prórroga *mortis causa* del arrendamiento. Pero sin desconocer cuanto antecede, nos intersea destacar de dicha Sentencia las siguientes manifestaciones: como se ha dicho en la STC 222/92, en relación con el derecho a contraer matrimonio reconocido por el artículo 32.1 de la CE, «no es este un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (art. 45 del CC)», de manera que aun cuando el hoy recurrente en amparo hubiera querido celebrar matrimonio con la arrendataria de la vivienda, ello no habría sido posible si faltaba el acuerdo del otro componente de la pareja; a lo que cabe agregar que si bien la CE reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación, por lo que tampoco está justificado reprochar a una unión extramatrimonial que no haya contraído matrimonio cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas.

En Sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1993, habiéndose solicitado, a virtud del artículo 4.1 del CC, la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales, ya se dijo:

— Ser cierto que las llamadas «uniones de hecho» o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente

admitida, bien que con evidente resistencia por los Tribunales, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional (*vid.* SS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993, respecto de esta Sala, y las de 11 de diciembre de 1992, 18 de enero y 8 de febrero de 1993 del TC).

— Dicha admisión, como consecuencia obligada del texto constitucional, especialmente de su artículo 39.1, que se halla proyectado sobre algún texto legal, cual acontece con la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó la adopción, ha motivado interesantes cambios en orden a la solución de los problemas de ella derivados, especialmente en determinadas relaciones, cuales son, por ejemplo, las de aplicación del artículo 58.1 de la LAU.

— Por otra parte, teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también sociopolíticos, no es de olvidar en un Estado de derecho otro esencial postulado que por afectar, al menos en principio, a toda la comunidad social debe imperar, cuando de su interpretación y aplicación se refiere sobre los estrictamente particulares, el de la seguridad jurídica, consecuencia de lo cual y por lo que al caso aquí contemplado se refiere es: 1) Que las uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (*vid.* STS de 11 de diciembre de 1992). 2) Que como consecuencia de ello no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía, a la que se refiere el motivo, por lo que se hace necesario contemplar dicha posibilidad.

— El juego de la analogía radica en la similitud («semejanza» según el art. 4.º del CC) entre el supuesto que ante el órgano judicial —o intérprete— se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o «identidad de razón» cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho (*vid.* S. de 12 de diciembre de 1980).

— Pues bien, fijando la atención en el supuesto que la recurrente somete a la consideración de esta Sala, a los efectos de la aplicación analógica al mismo de los artículos 1.396 y siguientes del CC, es evidente que esa semejanza no puede admitirse desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas (está al margen del acto formal matrimonial canónico civil), las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones; tal acontece, por ejemplo, con la creación del *estatus iuris* casado/a, que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*; lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requieren y no juegan para las de puro hecho.

— Pero es que, además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 de la CE es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclame se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma (STC 142/1988, de 12 de julio), igualdad que como ha quedado suficientemente expuesto no se da en el presente caso.

— Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas; por ello, su aplicación no puede extenderse a aquellos casos que constituyen un límite racional en el sentido y espíritu de la norma que se pretende aplicar, sin olvidar que acceder a lo solicitado, cual aquí se pretende, podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 del CC en general y su ordinal sexto en particular.

Con lo transcrito anteriormente parece que queda clara cuál es la posición jurisprudencial respecto a las uniones de hecho. Pero aún queremos consignar que, según la Sentencia de 18 de febrero de 1993: «Conocida es la doctrina de esta Sala (SS, entre las más recientes, de 12 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aún 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 aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución (STC de 15 de noviembre de 1990)»; y sigue diciendo: «de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir, en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos, o los *jacta concludentia*, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho».

Por último, sólo nos queda añadir que la inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación *de facto* a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de Ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio y de quien, también pudiendo a partir de una determinada fecha, no quiere la ruptura de un vínculo anterior. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la Ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir (al menos formalmente así parece) cuando la convivencia hacía crisis. Y cuanto antecede, sin discutir otros posibles derechos, sólo se pronuncia para desestimar la pretensión actora, tal como aparece planteada en la instancia, acogiendo plenamente el segundo motivo de casación y en parte el primero, pues el Juzgado, cuya Sentencia habrá de confirmarse, ya advirtió que «los efectos solicitados en la demanda, propios de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio no son aplicables a una convivencia

extramatrimonial, lo que no significa, sin embargo, que esas situaciones carezcan de toda protección jurídica, pues si a consecuencia de tal relación de convivencia se han producido efectos patrimoniales o una parte se considera perjudicada por el cese de esa convivencia puede solicitar al amparo de otros preceptos la protección que considere merecer». Tampoco resulta baladí recordar que, aunque la legislación sobre matrimonio y familia pueda variar en un momento dado, en la actual concreción jurídica no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo 3.º, y el artículo 53.3 establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3.º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», pero «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», lo que implica una reserva de Ley que no cabe violentar mediante la analogía.

Tercero. Por lo expuesto, no cabe acoger el motivo tercero que, encuadrado en el número 2º del artículo 1.692 de la LEC, estima infringida la disposición adicional 5.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en relación con el Título III del Libro II de la LEC, artículos 741 a 761, en el sentido de que, si se aplican las normas sustantivas que regulan los efectos de la nulidad, separación y divorcio del matrimonio (arts. 96 y 97 del CC), también deberían haberse aplicado analógicamente las normas procesales que le son propias, ya que, cual señala el Ministerio Fiscal, con independencia de que no se ha producido indefensión, no se pretende ni la nulidad matrimonial, ni la separación o el divorcio de un inexistente matrimonio.

Cuarto. Por imperativo legal (art. 1.715.4.º), al acogerse al recurso, cada parte satisfará sus costas en el mismo; en cuanto a las de la primera instancia, se imponen a la parte actora; y no se hace pronunciamiento especial sobre las de la apelación al haber sido ésta favorable al hoy recurrido.

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

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Esther Gómez García, en nombre y representación de don A. M. S., contra la Sentencia dictada por la sección 4.ª de la Audiencia de Barcelona en 27 de mayo de 1991 (Rollo 51/91); la anulamos; y en su lugar confirmamos íntegramente la dictada en 21 de noviembre de 1990 (autos de menor cuantía 860/88) por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de la propia capital, en cuanto desestimó la demanda interpuesta por doña C. V. D. contra don A. M. S., con imposición a aquélla de las costas de primera instancia, sin pronunciamiento expreso sobre las de la apelación, satisfaciendo cada parte las suyas en la casación.

Comentario.—Sigue esta Sentencia la línea de la de 18 de noviembre, antes comentada, por lo que sólo diremos que los argumentos para no aplicar a las uniones de hecho las normas que regulan el régimen económico matrimonial son, en síntesis:

— No existe la pretendida analogía, pues mientras las uniones *more uxorio* son puramente fácticas, como indica su nombre, y carecen de toda formalidad, el matrimonio es acto solemne; el matrimonio origina un estado civil, no así las uniones de hecho.

— De aplicarse las normas que se pretenden, generadoras de derechos, también debería aplicarse las generadoras de deberes, lo que iría en contra del respeto al libre albedrío de quienes han optado por no someterse a las mismas.

— La disolución del matrimonio exige unos requisitos que faltan absolutamente en las uniones de hecho.

— La aplicación de la analogía exige como condición previa y necesaria la existencia de un vacío legislativo o laguna de ley, lo que no se da en este caso, pues la posible regulación por analogía implicaría una vulneración del derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio.

UNION DE HECHO. INEXISTENCIA DE COMUNIDAD DE BIENES. ARTICULO 1.438 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

No es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora, que había aplicado análogicamente a la unión de hecho las normas de la disolución de la sociedad de gananciales, lo que rechaza la Audiencia, porque nunca pueden adaptarse soluciones jurídicas que identifiquen totalmente el matrimonio con las uniones extramatrimoniales de hecho, ni existe precepto alguno que permita aplicar las normas de la sociedad de gananciales, si bien reconoció a la actora la cantidad de cuatro millones de pesetas por los perjuicios sufridos, con el voto particular en contra de uno de los Magistrados. La Audiencia había estimado aplicable el régimen de separación de bienes.

Los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo son que «para decidir el motivo, en cuanto denuncia la aplicación del artículo 1.438, debe partirse de la jurisprudencia reiterada y constante de esta Sala en materia de uniones de hecho, según la cual (SSTS de 21-X-1992, II-XII-1992, 18-11-1993 y 27-V-1994) no es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la libertad para crear aquellas uniones libres no pueden ser equiparables al matrimonio ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (STC 19-XI-1990).

Y tal razonamiento admitido *expliciter* por la Audiencia es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, pues quienes de tal forma se unieron pudiendo haberse casado lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales.

Ciertamente que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas, a las que habrá que procurar adecuada y justa solución y que será posible, cuando se acredite que hubo *afectio societatis*, por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, o cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro, que se busque el equilibrio por la vía del enriquecimiento injusto, etc.; pero no es este el caso de autos, en el que no se hace prueba alguna sobre tal aumento patrimonial ni se puede precisar la compensación que la actora tuvo, con lo que la Audiencia proclama como satisfacción de todas sus necesidades durante los años de convivencia.

Por todo ello, procede casar la Sentencia con fundamento en la inaplicación del artículo 1.438 a las uniones de hecho en favor de ninguno de los miembros de la pareja; y con fundamento en que no cabe hablar de enriquecimiento sin causa, ni siquiera de perjuicio en la recurrente, del cual sólo habla la Sentencia de la Audiencia en hipótesis ("los que la actora pueda haber sufrido", dice).

Comentario.—Merece plácemes esta Sentencia, que sale al paso de una cierta corriente doctrinal que apelando a algo tan vago como las condiciones sociales o el criterio común imperante, según la misma, y sin base legal suficiente, pretende asimilar las uniones de hecho a las matrimoniales, por lo menos en cuanto a sus efectos, ya que de ningún modo puede hacerlo respecto a sus requisitos. Y de esos efectos no se fija, naturalmente, en todos, lo que sería imposible respecto a los personales, sino que los reduce a los efectos patrimoniales. Frente a ello cabe decir que las instituciones —y el matrimonio lo es, no así la unión de hecho, si se atiende a lo que desde el punto de vista jurídico es la institución, teoría suficientemente elaborada a partir de Hauriou, Santi Romano, Georges Renard y Robert T. Délos— son lo que legalmente son y no lo que los particulares quieren que sean. Consiguientemente, no puede una pareja configurar un matrimonio *sui generis* a su gusto particular, diferente del regulado normativamente en sus requisitos y efectos. Por lo mismo, no puede pretenderse que una situación de puro hecho, que no es matrimonio pues se prescinde de sus requisitos, se equipara en sus efectos al matrimonio. Lo anterior se refuerza si consideramos que los sujetos de las uniones de hecho tienen medios jurídicos idóneos para que, si quieren, puedan obtener efectos muy parecidos al de la sociedad de gananciales (v.gr.: constituyendo una sociedad, comprando los bienes por mitades indivisas, estableciendo seguros de vida). Lo que no pueden pretender ni se puede conceder es que *ex lege* se atribuyan a las uniones de hecho efectos iguales o semejantes al matrimonio.

¿Cómo se ha llegado a esta corruptela? En gran medida por una desviación del sentido histórico. Uniones de hecho han existido siempre. Lo que sucede es que al estar en épocas pasadas el matrimonio desprovisto de formas esenciales (los matrimonios llamados «por sorpresa» no se abolieron canónicamente hasta el Decreto «Ne temeré» de 2 de agosto de 1907), bastando el consentimiento de los interesados, era difícil distinguir estas uniones matrimoniales del verdadero matrimonio. En el Derecho romano, estas uniones —generalmente con personas de condición social inferior— se caracterizaban por la ausencia de la *afectio maritalis*, siendo una unión tolerada pero no regulada hasta Constantino (los hijos seguían la condición de la madre), quien inspirado por ideas cristianas procuró combatirlas y al propio tiempo legitimar a los

hijos habidos de tales uniones (Codex Theodosianus, 4, 6, 2 y 3). Justiniano las reguló en sus *Novelas*, calificándolas de costumbre lícita que no ofende al pudor y concediendo a los hijos un derecho a alimentos e incluso derechos sucesorios a falta de descendencia legítima. Esta regulación fue recogida por el Código de Alarico. Las costumbres y fueros medievales españoles distinguen entre el matrimonio de bendición, a yugas y la barraganía, que se fundaba en un contrato de amistad y compañía («companniera a pan e mesa e cuchiello por todos los dias que visquiéredes»), existiendo otra especie inferior de barraganía reservada a las siervas. Las Partidas regulan la barraganía y los derechos de los hijos llamados «de ganancia». Al conceder vigencia Felipe II a los cánones tridentinos como leyes del Reino (Real Cédula de 12 de julio de 1964, inserta en la Novísima Recopilación, 1, 1, 3) se suprimen el matrimonio «a yuras» o clandestino y los efectos civiles de la barraganía, que pasa a ser simple concubinato, merecedor de sanciones canónicas y civiles. Los legisladores modernos ante este fenómeno podían adoptar alguna de estas posturas: a) Ignorarlo, dejándolo huérfano de regulación legal, que fue la postura de Bonaparte, expresada así: «Los concubinos hacen caso omiso de la ley, luego ésta se desinteresa de ellos», h) Condenarlo o proscribirlo, estableciendo sanciones civiles, c) Reconocerlo, regulando sus efectos más importantes o trascendentales (v.gr.: impedimentos matrimoniales, derecho a alimentos). En nuestra jurisprudencia se han marcado tres etapas. En la primera, se califica duramente a estas uniones como estados de mancebía, vínculos inmorales e ilícitos (SS. 8-3-1918 y 2-4-1941), para luego dulcificar la postura y reconocer la validez de la pensión prometida a la compañera (S. 2-10-1932) y adoptar una postura mucho más abierta, conforme al artículo 10.1 de la Constitución, pero que no debe llevar hasta asimilar sus efectos patrimoniales a los del matrimonio.

UNION DE HECHO. COPROPIEDAD. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1994.)

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 el demandado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, en la que se declaró que la vivienda adquirida constata dicha unión pertenece en propiedad por iguales partes indivisas a cada uno de los integrantes de la pareja. Aunque se reconoce que la jurisprudencia es pacífica al venir declarando la imposible aplicación a estas uniones de hechos de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales (SS. 21-10 y 11-12-1992; 18-2 y 22-7-1993; TC 19-11-1990), se admite la posibilidad de la existencia de un pacto expreso o tácito entre los convivientes que patentice su voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal, como resulta evidente sucede en este caso según la Sentencia recurrida, que afirma la existencia de un verdadero condominio entre los litigantes referido a la finca objeto del litigio.

UNION DE HECHO. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1994.)

Declara que la protección social y jurídica de la familia a que se refiere el artículo 39.1 de la Constitución no permite aplicar las normas matrimoniales

ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho, aunque las de larga duración puedan en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio o como apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto aplicable por analogía (S. 22 julio 1993). En el presente caso se desestimó en ambas instancias la reclamación de la mujer para que le pasara su ex compañero la pensión mensual de 70.000 pesetas, criterio confirmado por el Tribunal Supremo.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. NATURALEZA. TERCERÍA DE DOMINIO.
(SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1994.)

La esposa no está legitimada para ejercitar una tercería de dominio sobre la mitad indivisa de un piso adquirido para la sociedad de gananciales y embargado todo él como consecuencia de la ejecución de una Sentencia penal por condena del marido, ya que es doctrina jurisprudencial que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante que no le legitima para entablar la tercería de dominio ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros; todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la Ley o de sus legítimos intereses (Sentencias, entre las más recientes, de 26 y 29 de septiembre 1986; 13 de julio y 26 de septiembre 1988; 19 de julio 1989; 6 y 12 de junio 1990; etc.).

Esta es la doctrina reiterada de esta Sala interpretando los preceptos legales, opinión que es compartida por la doctrina científica y que de ningún modo va en contra del principio constitucional de igualdad que consagra el artículo 14 del Texto Fundamental, ya que es de aplicación tanto al marido como a la mujer en cuanto miembros de la sociedad conyugal, sin discriminación de clase alguna.

SEPARACIÓN MATRIMONIAL. CAUSAS. ARTICULO 82.1." DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994.)

Establece la doctrina de que la agresión física de un cónyuge sobre otro puede ser estimada como causa de separación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación Inter-

puesto por el Ministerio Fiscal en interés de ley contra la Sentencia de la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Murcia, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Molina de Segura, que había desestimado la petición de separación conyugal formulada por la esposa actora y apelante conforme a los siguientes fundamentos, en los que muestra el diverso criterio interpretativo de acuerdo con la cambiante realidad social de los preceptos del Código:

Primero. Planteado por el Ministerio Fiscal recurso en interés de la Ley al amparo del artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la Sentencia dictada el 25 de mayo de 1990 por la sección 3.^a de la Audiencia de Murcia que, al confirmar la del Juzgado de Primera Instancia de Molina de Segura de 29 de marzo de 1989, desestimó la petición de separación conyugal formulada en representación de doña María del Carmen N. M. frente a su esposo don José G. H., por entender el representante del Ministerio Público que el criterio del Tribunal sentenciador que, al hilo de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1983, negó que la existencia de un acto aislado de mal trato de obra ejecutado por un cónyuge sobre el otro, no seguido de reiteración, sea revelador de una situación de grave desavenencia que, frente al principio *favor matrimonii*, permite fundar el cese de la convivencia conyugal, comporta una decisión que está en franca disconformidad con el texto legal aplicable al caso, constituido por la disposición del número 1.º del artículo 82 del Código Civil, que literalmente recoge como causa de separación, entre otras, «la conducta injuriosa o vejatoria y cualquiera otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales».

Segundo. La tesis de contradicción a la legalidad vigente de la Sentencia recurrida, que mantiene el motivo del Ministerio Fiscal, ha de encontrar plena acogida en casación a los efectos de formar la doctrina jurisprudencial que la norma de cobertura procesal establece, ya que si bien el texto de aquel número 1.º del artículo 82 del Código Civil condiciona la causa de divorcio cuando se basa en la conducta del cónyuge que viole «los deberes conyugales» en general, a que la misma sea reiterada, esta exigencia figura en alternativa con la de la gravedad del proceder ofensivo de cualquiera de los esposos, supuesto éste que es contemplado por el legislador, junto al de aquella conducta reiterada para fundar la causa de divorcio literalmente consistente «en la conducta injuriosa o vejatoria y cualquiera otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales». De suerte que patente la violación del deber de respeto que el artículo 67 del propio Código señala respecto de ambos cónyuges, en cualquier conducta agresiva que, más allá de un vulgar incidente en la vida matrimonial, merezca el calificativo de seriamente desconsiderada para con el cónyuge que la sufre, no ofrece duda de que tal proceder, manifiesto en la violencia de la agresión física —que en el caso presente tuvo incluso relevancia penal—, configura la grave violación del deber de respeto para con el cónyuge que la padece, cuya vejación, por sí sola, ya es reputada por el mismo precepto del número 1.º del artículo 82 del Código como causa de separación. Y así ha de proclamarse por los Tribunales, superando, si es menester, criterios de tolerancia pasados sobre la interpretación del Código que no son de tener en consideración ante la realidad presente, a la que la interpretación de la ley ha de acomodarse (art. 3.º del Código Civil) que considera a la persona inseparable de la dignidad elevándola el artículo 10 de la Constitución a fundamento del orden político y de la paz social. Normativa constitucional que a la vez acentúa la protección de este sentimiento de dignidad incluyéndolo en los

derechos fundamentales protegidos por su artículo 15. Sin que en la misma dirección sea ociosa la cita de la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos del 25 de febrero de 1982, que rechaza toda conducta sancionadora que conlleve cualquier forma de degradación o humillación, en todo caso presente en el mal trato de la persona. El empeño en mantener la situación matrimonial después de la agresión física de un cónyuge sobre el otro olvida que, con ello, no sólo no se previene el riesgo de disolución matrimonial que dice evitar, sino que inventa artificialmente otros nuevos, nacidos de una forzada convivencia que, normalmente, habría de desarrollarse ya en un clima erizado de tensiones, hasta tal punto evidentes que ahorran todo análisis detallado, pero cuya presencia sería ingenuo olvidar.

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. CONDENA PENAL. RECURSO ANTE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS DE Estrasburgo.
(SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994.)

Privado el recurrente de la patria potestad en virtud de condena a veinticuatro años de reclusión mayor como autor de la muerte de su esposa y pendiente el recurso presentado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara que la existencia de una impugnación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no suspende en ningún caso la firmeza y ejecutoriedad de las resoluciones dictadas en los Estados de las Altas Partes contratantes.

PATRIA POTESTAD. DERECHO DE COMUNICAR Y VISITAR A LOS HIJOS. ARTICULO 94 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

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 parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño que había revocado en parte la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, conforme al siguiente fundamento:

El motivo cuarto (tercero y último de los admitidos) alega infracción de los artículos 92 y 154 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial relativa al derecho de visitas, en relación con los artículos 94 y 161 del Código Civil. Expone el recurrente en su justificación que el derecho de visitas ha de quedar subordinado al interés del hijo, y «en el caso de autos existe una absoluta prueba documental y pericial que acredita que un régimen de visitas de I. G. con su madre natural sería absolutamente perjudicial para aquél dada su situación psíquica, edad y circunstancias concurrentes».

El motivo se estima porque el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él, llamado tradicionalmente «de visitas», no es incondicionado en su ejercicio, sino subordinado al interés y beneficio de éste. Ciertamente que el artículo 160, que lo reconoce, no se ocupa más que de los supuestos en que aquel progenitor carece de él, y el caso de autos no está comprendido en ninguno de ellos. Pero también puede ser suspendido o limi-

tado «si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial», según dispone el artículo 94, aplicable por analogía a la situación de progenitores que no conviven, teniendo uno de ellos la guarda y custodia del hijo. En el presente litigio se da una poderosa razón para la suspensión, pues la prueba pericial practicada en la fase de apelación pone de relieve inequívoca y expresamente que dadas las relaciones tensas entre los progenitores sería perjudicial para el menor su relación con la madre natural, y por ello, si dejan de ser tensas y se convierten en normales, serían entonces convenientes, que de surgir «serían malas». Ante tan categóricas afirmaciones periciales no se comprende que la Sentencia añrme que del dictamen pericial se desprende lo conveniente de las susodichas relaciones y, por tanto, se evidencia que el criterio que sigue la Sala de Apelación para reconocer el derecho de visitas a la madre recurrida en modo alguno puede sustentarse en aquella pericia como pretende.

Por todo ello, la Sentencia recurrida debe ser casada y anulada en cuanto concede desde ahora un derecho de visitas a la demandante y hoy recurrida, sin perjuicio de que, una vez desaparecidas las razones para su negativa actual que anteriormente se han explicitado, pueda volver a pedir su ejercicio y efectividad. Sin imposición de las costas de la apelación y las de este recurso a ninguna de las partes (art. 1.715.3 LEC).

RELACIÓN PATERNO-FILIAL. ALIMENTOS. SU DIFERENCIA CON LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA ENTRE PARIENTES. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, señalando que «la obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1.º del Código Civil»; «nuestra doctrina entiende mayoritariamente que esta obligación no tiene nada que ver con la obligación alimentaria señalada por los artículos 142 y siguientes del Código Civil»; «mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación».

Estas tesis de la Audiencia son correctas —en líneas generales, aunque precisen alguna salvedad— y no infringen lo dispuesto en el artículo 152.2.º, dado que: a) La norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; b) Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1.º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3.º— y, precisamente por incardinarse

en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados; c) En este sentido ha de entenderse el artículo 152.2.º que el recurrente dice haberse infringido, cuya alusión a las necesidades de la familia del alimentante denota una diferencia sólo comprensible si se admite una familia más próxima con derecho en todo caso preferente; d) Lo realmente pretendido por el recurrente, en lo que ahora interesa, es que se declare la cesación de su obligación alimentaria respecto a su hijo menor de edad porque carece de ingresos, mas ello ha de rechazarse en atención a que no es admisible que quien tuvo un puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional, disponiendo de medios para cubrir sus gastos de toda clase, sea relevado de su obligación de alimentar a su hijo menor de edad, cuanto más cuando, como consta en la Sentencia, «era propietario de un vehículo... y de una parcela de terrenos valorados, respectivamente, en las cantidades de 475.000 pesetas el vehículo Opel Corsa y 5.634.000 pesetas el inmueble. Tales bienes los enajenó a su madre el 6 de abril y el 18 de mayo de 1988 en una operación a todas luces simulada y tendente a generar una apariencia de insolvencia donde amparar la pretensión que nos ocupa. Debe tenerse presente cómo en el ejercicio fiscal de 1987 declaró como rendimientos de actividades empresariales la suma de 2.247.185 pesetas, es de suponer brutas, y pequeños rendimientos de capital mobiliario», hechos cuya certeza ha de prevalecer en casación; y e) Por tanto, ha de decaer el motivo estudiado sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación, lo que aquí no acontece.

ALIMENTOS. NACIMIENTO DEL DERECHO A LOS MISMOS Y SU DIFERENCIA CON SU EXIGIBILIDAD. IRRETROACTIVIDAD. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1995.)

Los alimentos sólo se deben desde la fecha de la demanda.

Reconocida la filiación, 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 demandante y apelante, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. El presente recurso de casación dimana de juicio de menor cuantía en que el demandante ahora recurrente, don M. B. V., reclama una suma determinada en concepto de alimentos contra su padre, el demandado don M. B. P., con apoyo en la Sentencia de 21 de mayo de 1988 en que este Tribunal Supremo reconoció la paternidad extramatrimonial del demandado a favor del actor. Ambas sentencias de instancia desestimaron la demanda, sirviendo de base fáctica a ambos juzgadores los siguientes hechos, cuya veracidad no ha sido impugnada: a) El día 28 de septiembre de 1969 doña E. V. C. dio a luz un hijo varón fruto de sus relaciones con el demandado, habiéndose seguido posteriormente proceso de reconocimiento de la paternidad que con-

cluyó por la Sentencia de esta Sala ya expresada, b) El aludido hijo, el actual demandante y recurrente, presentó demanda el día 10 de marzo de 1989 para el abono por el demandado de alimentos definitivos desde la fecha del nacimiento del actor, la citada de 28 de septiembre de 1969, hasta que cumplió los dieciocho años, c) Por tanto, los alimentos discutidos se piden para un período de tiempo de dieciocho años anteriores a la presentación de la demanda, habiendo sido, como ya se dice, denegados en ambas instancias.

Segundo. El recurso de casación que interpone el demandante se fundamenta en un solo motivo, formulado al amparo del artículo 1.692, número 5, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deduciéndose de su exposición que los preceptos que se consideran infringidos son los artículos 110, 111, 142, 143, 148.1.º y 151, en relación con el 1.966, número 3, del Código Civil, y artículo 14 de la Constitución vigente. En el desarrollo del motivo se expone en esencia la obligación de los padres de conceder alimentos a sus hijos, y por consiguiente la del demandado a satisfacerlos a favor del recurrente. Sin embargo, en el caso ahora contemplado no es procedente decretar esa obligación por las circunstancias que concurren en este supuesto. Así, es de tener en cuenta: a) Que si bien existe una Sentencia firme en que se reconoce la paternidad del demandado señor B. P. a favor del recurrente, en esa Sentencia se reconoce únicamente la paternidad, que lógica y legalmente lleva consigo la obligación de prestar alimentos al hijo reconocido; los que, de no ser satisfechos voluntariamente, exigen para su prestación el ejercicio de una acción judicial reclamándolos, cuyo derecho a alimentos el actual recurrente no ha ejercitado hasta la demanda que presentó con fecha 10 de marzo de 1989, es decir, cuando el hijo alimentista había cumplido ya la mayoría de edad, fecha en que conforme al artículo 169.2.º, en relación con el 154, número 1.º, ambos del Código Civil, cesa la obligación de los padres de alimentar a sus hijos como derivada de la patria potestad, salvo situaciones excepcionales que en el caso discutido no se han acreditado, b) Es de tener en cuenta que durante el tiempo en que tuvo la patria potestad el padre sobre el recurrente, cuando era menor de edad, no se formuló reclamación alguna de alimentos, y que no obstante tener derecho a ellos en aquel lapso de tiempo, es diferente el derecho de alimentos derivado de la patria potestad y la fijación de su cuantía en pensiones periódicas o no, lo que no consta se haya verificado. Por lo tanto, no puede hablarse en el supuesto litigioso de pensiones atrasadas que hubiere que reconocer ahora, o que no hubieran prescrito conforme al artículo 1.966.1.º del Código Civil, c) La reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho a los alimentos y fuera exigible hasta llegar el recurrente a la mayoría de edad, efectivamente, pero no los exigió, d) Precisamente para ese supuesto el artículo 148, párrafo 1, del Código Civil establece que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», la que se concreta a los alimentos que sean solicitados, como es el caso ahora *sub judice*, aunque ya con anterioridad derivarán de una relación de patria potestad reconocida en Sentencia firme, puesto que una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que éstos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos. e) Por tanto, no debe confundirse tiempo del nacimiento y tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos por carecer aquéllos de efecto retroactivo no puede condenar a pagarlos sino desde la

fecha que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla clásica *in praeteritum non vivitur* y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide; prescindiendo de las circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido, para en su momento, e incluso de otras acciones que pueda tener o considere tener contra el mismo acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, una vez concluida la patria potestad, f) A la misma conclusión puede llegarse a través de la doctrina jurisprudencial en que se basan las Sentencias de instancia, principalmente las de 21 de junio de 1935, 21 de diciembre de 1951, 14 de mayo de 1971 y 24 de febrero de 1989; si bien debe tenerse en cuenta que los supuestos contemplados en las mismas, aunque versantes sobre el derecho a alimentos, no coinciden en sus detalles de hecho con el ahora debatido. Por todo lo expuesto procede rechazar el motivo examinado y con él declarar la desestimación del recurso.

RELACIÓN PATERNO-FILIAL. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Declara que inscrito en el Registro el nacimiento de un niño nacido de mujer casada, ningún error puede atribuirse al asiento registral cuando en él se hace constar como padre el marido de la madre, puesto que esa es la presunción general de paternidad (art. 116 del CC). Para que prospere la impugnación es preciso que se haga dentro del año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil (art. 136 CC), salvo que se pruebe que ignoraba el nacimiento. Para cancelar la inscripción registral se requiere la estimación de la demanda en que se destruya la presunción de paternidad.

RELACIÓN PATERNO-FILIAL. RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1993.)

El reconocimiento de paternidad tiene los caracteres de ser un acto unilateral, personalísimo, formal y, sobre todo, irrevocable (arts. 120.1.º y 741 del CC), perdiendo su fuerza legal únicamente si se acredita que se ha incurrido en vicio de la voluntad.

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1993.)

La reiterada negativa a someterse a la prueba biológica supone un evidente ejercicio antisocial del derecho, rechazado por el artículo 7.2 del CC.

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994.)

La negativa a las pruebas biológicas y antropológicas conculca la declaración programática del artículo 39 *in fine* de la Constitución.

PATRIA POTESTAD. PRIVACIÓN. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1994.)

Pretendida la privación de la patria potestad ejercida por el padre viudo sobre su hija por la tía de ésta nombrada tutora en el testamento de la madre, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta capital, toda vez que no ha resultado acreditado que el progenitor demandado incumpliera sus deberes como padre respecto de su hija, sin que a tales efectos de privación de la patria potestad sea decisivo la concurrencia de especiales circunstancias en el hijo o la preferencia de éste, ni siquiera considerando que haya de estar mejor atendido por otras personas. Y cuando el artículo 154 del CC determina que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, no impone que hayan de serlo necesariamente en el proceso sobre privación de la patria potestad —como sí sucede en el supuesto de desacuerdo en el ejercicio conjunto, art. 156.2.º—, sino más bien que los padres habrán de oírles para adoptar las decisiones que les afecten.

RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD. SEPARACIÓN DE HECHO. ACTA NOTARIAL. ARTICULO 116 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia que había revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, la cual confirma íntegramente.

Los hechos son los siguientes: Los litigantes contrajeron matrimonio el 19 de julio de 1983 y por la propia manifestación del actor resulta probado que pronto empezaron a surgir desavenencias y disgustos, por lo que con fecha 25 de mayo de 1987 acuden ante Notario y hacen constar en acta «que por causas que no es del caso detallar decidieron de común acuerdo separarse de hecho en marzo de 1985, estableciendo ambos su vida con entera independencia». En dicha acta figura cada cónyuge con un domicilio distinto, se afirma que *del matrimonio no ha habido descendencia* y se plasman una serie de pactos tendentes a reglamentar la separación. Después de transcurridos los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges, la esposa tiene una hija. El Juzgado y lo mismo el Tribunal Supremo entienden que la presunción del artículo 116 del Código Civil opera en sentido excluyente, debiendo prevalecer el contenido del acta notarial en la que es elemento probatorio decisivo en contra de la supuesta paternidad la declaración de no existir hijos matrimoniales, por lo que la hija será de carácter extramatrimonial. En cambio, la Audiencia entendió la presunción legal del artículo 116 en sentido afirmativo de la paternidad, basada en la declaración testifical y en la negativa a que se practiquen las pruebas biológicas, deduciendo de todo ello la posible falsedad del documento notarial. Mientras que para el Tribunal Supremo «resulta obligado partir en principio de la autenticidad y veracidad del contenido del acta nota-

rial, que indudablemente no es inatacable y puede ser desvirtuado, pero con una demostración cumplida y convincente», la cual entiende no se ha efectuado, máxime teniendo en cuenta que la falsedad documental favorecería a su autor.

FILIACIÓN. POSESIÓN DE ESTADO. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1994.)

La posesión de estado es una situación fáctica que consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia y la estimación de su existencia corresponde a los tribunales de instancia.

RELACIONES FAMILIARES. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1994.)

Reconoce el derecho de los abuelos maternos a relacionarse con su nieta, hija de su fallecida hija, que ya había sido reconocido por los tribunales de instancia.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1994.)

Reitera la doctrina de que la integridad física y a la intimidad personal, que garantizan los artículos 15 y 18 de la Constitución, no se pueden considerar vulnerados cuando es acordado judicialmente un reconocimiento hematológico, pues el principio también constitucional del artículo 39.2 hace que prevalezca el interés social y de orden público connatural a toda declaración de paternidad al proteger a ésta tanto dentro como fuera del matrimonio. Y sólo la existencia de causas muy calificadas y debidamente justificadas podrían legitimar la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas. Entre éstas cita el grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarla, la inexistencia evidente de indicios serios acerca de la conducta que se le atribuye, la absoluta falta de necesidad de la misma por existir otros medios probatorios fácilmente utilizables que puedan conducir al mismo fin.

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD NO MATRIMONIAL. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1994.)

El precepto aplicable al caso es el artículo 140 y no el 141 del Código Civil, cuando en la demanda inicial se ejercita una acción de impugnación de la paternidad no matrimonial determinada en virtud de reconocimiento del actor impugnante atacando la veracidad biológica de la filiación, por no ser el reconocido hijo del reconocedor. La acción del artículo 141 se refiere a la impugnación del acto de reconocimiento por concurrir en él vicio del consentimiento, pero sin que tal impugnación afecte a la exactitud o inexactitud de la veracidad biológica de la paternidad reconocida.

PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Reitera la doctrina jurisprudencial de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas puede ser valorada como *ficta confessio* cuando es injusti-

ñcada, ya que los supuestos derechos fundamentales invocados por el opositor no pueden prevalecer sobre los del hijo a conocer su verdadero origen, su filiación, y a que sus padres biológicos cumplan las obligaciones que les impone la ley por haberlos traído al mundo.

FILIACIÓN. DERECHO TRANSITORIO. PRETERICIÓN. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1995.)

Ley 11/1981, de 13 de mayo, disposición transitoria 7.^a

El artículo 14 de la Constitución es de aplicación directa.

El primitivo artículo 118 del Código Civil ha de interpretarse extendiendo a toda clase de hijos el derecho a reclamar la filiación.

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 contra la Sentencia de la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña por la actora y apelada, cuya demanda había sido estimada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Betanzos, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. El presente recurso trae causa de tres procesos acumulados con objetos litigiosos diversos, pero conexos, cuya cuestión nuclear y previa a las demás respuestas judiciales consiste en la determinación de la filiación paterna no matrimonial de la actora no obstante la matrimonial, que tiene reconocida. El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión se ha centrado en la interpretación de la disposición transitoria 7.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificativa del Código Civil en materia de filiación en cuanto establece que «las acciones de filiación se registrarán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley». Alienta, sin duda, tras esta norma el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas en tema como el debatido, relativo al estado de las personas, debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia, cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la Constitución Española, a la luz, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 que declara inconstitucional el artículo 137 del Código Civil en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualquiera discriminación contraria análoga a la señalada por aplicación del artículo 14 y la disposición derogatoria 3.^a de la Constitución Española. Las discrepancias acerca de la trascendencia e incidencia de la precedente doctrina en el caso enjuiciado se reflejan en los distintos criterios que mantienen la Sentencia impugnada y el voto disidente que contra la misma formuló uno de los Magistrados.

Segundo. Derechamente el primero de los motivos del recurso, encauzado bajo el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (versión anterior a la actual), acusa la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, disposición transitoria 7.^a de la Ley 11/1981 y de los artículos 118,

139 y 113 del Código Civil en su precedente redacción, así como de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, según la cual el artículo 118 del Código Civil en su redacción primitiva ha de ser objeto de interpretación expansiva durante la vigencia de la Constitución y aplicado a toda clase de hijos. Para la parte recurrente el problema de la norma aplicable a las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial exige que se tome en consideración que el artículo 14 de la Constitución Española es un precepto dotado de aplicación directa que reclama, desde la vigencia de la norma suprema, que se estimen modificados y derogados todos los primitivos preceptos del Código Civil que establecían diferencias entre las distintas clases de filiación y derechos consiguientes, de manera que la legislación antigua del Código Civil sólo puede tenerse como válida en cuanto no esté contradicha por la Constitución Española. Sobre este extremo —sostiene— es decisiva la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 que declara que el primitivo artículo 118 del Código Civil ha de ser objeto desde la Constitución de una interpretación expansiva, en virtud de la cual el derecho que el precepto concede a los hijos matrimoniales de reclamar su filiación mientras vivan ha de ser reconocido a toda clase de hijos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales. Así pues, el derecho de la actora y recurrente a reclamar su verdadera filiación como hija de don J. G. R. no admite la menor duda y, consiguientemente, deviene indiscutible la infracción de los preceptos invocados por parte de la Sentencia recurrida. Y este derecho —sigue— no puede ser desconocido a pretexto de ser inimpugnable la aparente filiación matrimonial de la actora como hija de don J. O. A. En efecto, la Sentencia recurrida se basa para ello en lo dispuesto en el artículo 113 del Código Civil en su redacción primitiva, olvidando que ese precepto no es de aplicación al caso por referirse a acciones ejercitadas por el padre, no a las que pueda ejercitar el hijo. El Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 20 de marzo de 1919 esa doctrina y reconoció el derecho del aparente hijo matrimonial a impugnar tal filiación en cualquier momento. En síntesis, mantiene que su representada tiene perfecto derecho a reclamar la filiación extramatrimonial que le corresponde respecto de don J. G. R. y a impugnar por tanto la aparente filiación matrimonial respecto de don J. O. A. Y puesto que la Sentencia recurrida no se lo niega, infringe todos los preceptos invocados y jurisprudencia asimismo citada, por lo que este motivo debe prosperar y ser casada la Sentencia en cuestión.

Tercero. Teóricamente —dice la Sentencia recurrida—, la filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores. Con ella se funda una estricta relación paterno-filial (*status filii*) y, además, una relación más amplia de carácter parental o familiar (*status familiae*). Mas la filiación como hecho jurídico no es el simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento. Y esto viene a colación por cuanto pueden existir casos de una filiación jurídica determinada que, sin embargo, no coincida con la filiación biológica, puesto que ésta no tiene *a priori* un carácter indubitado. De ahí que el Derecho haya acudido tradicionalmente para su determinación jurídica al sistema de presunciones («pater is est quem nuptias demonstrat»), estableciendo para su seguridad jurídica limitaciones en orden a su impugnación a través de plazos de caducidad y restricción de las personas legitimadas para ejercitar la acción. Y este principio de seguridad jurídica, proyección del de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la

Constitución, no es menos importante que el de igualdad del artículo 14 que la parte actora alega en defensa de sus intereses.

Cuarto. De lo anterior deduce la Sentencia recurrida que en orden a la filiación existen dos tipos de veracidades: la biológica y la que pudiéramos denominar sociológica. Ciertamente —dice—, la reforma de 1981, no exenta de críticas aun desde el punto de vista constitucional, se inclina por el principio de veracidad biológica, pero, como no podía ser menos, acepta también el de la veracidad sociológica conforme se desprende del contexto general de la reforma y de la propia exposición de motivos del proyecto, que inexplicablemente no acompañó al texto de la ley. Y así, aquella exposición indica: «se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites ante los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco», porque el establecimiento de la filiación no es solamente una cuestión de prueba, sino que afecta al fondo mismo del Derecho. Ello da lugar, como ya se apuntó, a la posible falta de coincidencia entre la filiación como hecho natural y la filiación como hecho jurídico, lo que puede producirse por las limitaciones impuestas a la legitimación activa cuanto por los plazos de caducidad legalmente establecidos. De ahí la conservación del principio de veracidad sociológica basado en la conveniencia de proporcionar seguridad al estado civil de las personas en lo que a su filiación concierne, de suerte que se tasan las posibilidades de que un *status* legalmente establecido pueda ser removido indefinidamente, con independencia de que la filiación determinada fuera matrimonial o extramatrimonial, pues a nadie se les escapa que tanto la citada presunción de paternidad matrimonial como el reconocimiento extramatrimonial pueden ser biológicamente falsos, pese a lo cual jurídicamente pueden ser inamovibles reflejando una veracidad sociológica tutelada por el Derecho.

Quinto. Asimismo mantiene la expresada Sentencia objeto de recurso que con arreglo a la legislación anterior, e incluso la presente, está determinada la filiación matrimonial de la actora que en este juicio impugna, a la vez que reclama, una filiación extramatrimonial, inviable en el régimen anterior por su carácter de adulterina. Se da además la circunstancia de que tanto el padre matrimonial como el presunto progenitor biológico han fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981. De otro lado, aun admitiendo por la testifical practicada que la actora era considerada en su entorno, y por su propia madre y hermana, como hija de J. G. y no del marido, es lo cierto que oficialmente siempre ostentó el estado familiar de hija matrimonial llevando siempre los apellidos del padre matrimonial, quien además la instituyó heredera mejorada en su testamento. Conforme a la legislación anterior, donde la presunción de paternidad tenía el carácter casi *iuris et de iure* que le otorga el artículo 108 del Código Civil, es incuestionable que por efecto de la misma esa filiación era inatacable al haber transcurrido además el plazo de caducidad establecido en el artículo 113, donde la acción, según el artículo 111, tan sólo correspondía al marido o sus herederos. De otro lado, también en aquel sistema era inviable una filiación natural adulterina. Puede admitirse —sigue— que con la nueva regulación quedara abierta para la actora la posibilidad de reclamar su filiación extramatrimonial una vez derogado el contenido del antiguo artículo 119, y que tal acción a la luz de la normativa constitucional, ya en vigor con anterioridad a la reforma de 1981, correspondía a

la actora durante toda su vida (art. 14 de la Constitución Española, en relación con el antiguo art. 118 del Código Civil). Sin embargo, la tesis actora tropieza con serios obstáculos en su ejercicio. Así, por una parte, la disposición transitoria 7.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, antes referida, parece abiertamente oponerse a la viabilidad de las acciones de impugnación y de reclamación, teniendo en cuenta que tanto el padre legal como el progenitor pretendido han fallecido con anterioridad a su entrada en vigor, lo que determinaría la aplicación de la legislación anterior, según la cual ni podría impugnarse la filiación matrimonial, por caducidad de la acción (art. 113), ni reclamarse la extramatrimonial por haber fallecido el presunto padre natural (art. 137). Tal escollo podría salvarse en benigna aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria 3.^a de la misma Ley, que forzando su contenido, y aun a riesgo de contradecir lo dispuesto en la 7.^a, podría determinar la ampliación de los plazos de régimen anterior al de toda la vida del hijo que previene el artículo 133 para la reclamación de la filiación no matrimonial. Ejercitada así esta acción, conjuntamente con la de la impugnación de la filiación matrimonial, para la que también los nuevos artículos 136 y 137 establecen un plazo de caducidad, podría entenderse, en virtud de lo previsto en el discutido artículo 134.1, que ese plazo se extendería a toda la vida del hijo en concordancia con la acción de reclamación conjunta de una filiación contradictoria. Ahora bien —concluye—, tal equilibrio jurídico, sin duda acorde con la *ratio legis* en cuanto se pretenda la reclamación de una filiación, deviene endeble con el propio espíritu de la Ley y el principio de veracidad sociológica y de seguridad jurídica cuando lo pretendido es la impugnación de una filiación matrimonial legalmente determinada tanto por la legislación anterior como por la vigente, habida cuenta, incluso, el tiempo que la actora dejó transcurrir para ejercitar su acción, tanto desde la entrada en vigor de la Constitución, 27 de diciembre de 1978, como de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, al ser presentada la demanda el día 30 de diciembre de 1985. Pero es que aunque se admitiera, salvando todos esos obstáculos, la posibilidad procesal de impugnar la filiación matrimonial, es lo cierto que ésta deviene determinada en el presente caso por la presunción del artículo 116 (antes 108 de mayor contundencia) y esa presunción no puede entenderse destruida por la prueba practicada en estos autos donde se carece de pruebas biológicas, únicas que de manera inconclusa permiten excluir una paternidad o, con poco margen de error, determinar otra.

Sexto. Los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada, que, no obstante, encauzan en algún sentido a la resolución del problema desde una perspectiva constitucional en el razonamiento, no terminaron de extraer todas las consecuencias a que tal examen obliga así respecto de las pretensiones ejercitadas («acciones») y respecto a la interpretación del derecho probatorio aplicable a un proceso nacido bajo el imperio de la Ley nueva. La doctrina científica ha valorado la retroactividad de determinados efectos de la filiación con el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento, tomando en consideración la jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales y, en especial, reconoció el carácter normativo de la Constitución Española y la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 con anulación de una Sentencia de esta Sala que aplicó después de la Constitución Española el viejo artículo 137 del Código Civil. Es verdad que con criterios meramente legales la disposición

transitoria 7.^a se configura como una excepción a la retroactividad, pero también, examinada la legalidad desde una interpretación constitucional, no se puede prescindir de las exigencias que dimanen del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior, que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva, ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas que como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales.

Séptimo. Los artículos 111 y 113 del Código Civil en la redacción legal anterior a la que rige por la Ley 11/1981 y recogidos por la Sentencia recurrida en apoyo de su tesis, en cuanto aluden a la legitimación del marido o de sus herederos para desconocer o impugnar la filiación no son aplicables ni siquiera analógicamente al caso, ya que la pretensión debatida se actúa por la hija del progenitor fallecido. Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil «hijos ilegítimos» tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida, como ocurre con la «acción que para reclamar su legitimidad compete «a los hijos legítimos», conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente. Así pues, estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por Ley 11/1992 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución una equiparación de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción durante toda su vida para reclamar su filiación, la disposición transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales, lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo, sino a otros posibles legitimados «cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la Ley» (Ley 11/1981).

Octavo. En lo que concierne al Derecho probatorio, ha de sostenerse que aunque determinadas normas de prueba, entre las que se incluyen las presunciones y limitaciones probatorias legales, aparecen recogidas en leyes materiales, como tradicionalmente ha ocurrido en materia de filiación, todas en tanto se hacen valer en el proceso para configurar o formar la convicción judicial tienen naturaleza procesal y, por ello, iniciado un proceso, aunque se refiera a situaciones jurídico-materiales de carácter litigioso anteriores a las nuevas normas procesales, son éstas y no las vigentes, según la situación jurídico-material litigiosa, las que deben aplicarse, según determina la disposición transitoria 4.^a del Código Civil al distinguir entre acciones y derechos nacidos y no ejercitados con anterioridad a la Ley nueva y ejercicio, duración y procedimientos de estas acciones y derechos conforme a la Ley nueva. No puede, por ello, sostenerse que la destrucción de las presunciones establecidas por el artículo 116 sólo cabe mediante la práctica de pruebas biológicas, puesto que el artículo 141 de la legislación anterior ya no resulta aplicable y sí, en cambio, el artículo 127 actual que establece con toda claridad que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la pater-

nidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».

Noveno. Las razones expuestas conducen a la estimación del motivo y, con ello, a la casación de la Sentencia recurrida por lo que deviene inútil el examen de los demás motivos casacionales, no obstante puedan tenerse en cuenta sus razonamientos como ilustrativos a los demás efectos en tanto en cuanto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1.715, debe resolverse en la instancia a partir de los términos en que está planteado el debate.

Décimo. El examen y la valoración de las pruebas obrantes en autos demuestran con certidumbre que la actora, doña C. O. V., es hija del fallecido don J. G. R. y de doña B. V. G. de C. y, por tanto, que no es hija de don J. O. A., que figura como tal padre a efectos legales en el Registro Civil. Son importantes en este sentido las conclusiones probatorias a que llegaron el Juez de Primera Instancia y el Magistrado que con su voto disintió de la Sentencia recurrida, hecho que, además, admite la propia Sentencia recurrida al reconocer «por testifical practicada y por las (declaraciones) de la madre y de la hermana que la actora era hija de don J. G. y no del marido». Tal dato se evidencia, asimismo, por la correspondencia habida entre el padre biológico y la madre de la actora. La íntima y cordial relación amorosa entre la madre de la actora y el pretendido padre se deduce inequívocamente de las cartas a los folios 6 al 35, ambos inclusive, escritas entre los días 6 de diciembre de 1958 y 10 de mayo de 1960. En las de 23, 25 y 27 de noviembre de 1959, le dice sucesivamente: «Hablé con el Notario de lo de C, me dijo que lo mejor era la adopción»; «quería dejar todas las cosas atadas, mira tú si puedes hacer lo de la adopción de C.» y «supongo que lo de prohijar a C. no lo consideras posible y por eso no me hablas del paso». En la correspondencia que mantiene con la demandante (folios 36 a 39), el tono y fondo son los propios de una persona unida a la otra por lazos muy íntimos, superiores a los de un simple «padrino», como pretende la demandada apelante. La forma cariñosa de reñirle y la rumbosa de proporcionarle medios económicos son los propios de una relación paterno-filial. Significativa es también la nota que dejó a su esposa tardía, la demandada, de fecha 25 de enero de 1975 (folio 99), «para después que yo desaparezca... dispon de forma inmediata que, después de tu muerte, y de desquitar el dinero que me prestaste, el resto pase a mi familia, hija y hermana y los isauros», con lo que viene a reconocer, una vez más, el carácter de la actora, pues la demandada ni alegó, ni probó, la eventual existencia de otra hija que no sea la actora. Asimismo es relevante el testamento de fecha 22 de julio de 1975, en cuya cláusula segunda (folio 120 devuelto) declara: «que de su matrimonio con la expresada doña M. B. D., único que contrajo, no conserva sucesión, careciendo de ascendientes». Es decir, no afirma, pero tampoco niega que tenga hijos. Se observa finalmente, a través de la prueba practicada, que el pretendido padre biológico de la actora la tenía por hija suya, la trataba como tal y no lo ocultaba (véase la abundante prueba testifical de los folios 500 y siguientes, 540 y siguientes, 550, 559 y 621 y siguientes, etc.), e incluso se sentía orgulloso de ello; pero no puede ocultarse, por otro lado, que la actora, «socialmente», formaba parte de una familia muy conocida de La Corana, con la carga moral y sociológica que ello comportaba en una época en la que, política, social y jurídicamente, lo más importante queda reflejado no sólo en las obsoletas normas legales que regulaban la filiación y el derecho de familia en general (recuérdese que incluso era delito el adulterio hasta hace bien pocos años), sino que la paternidad extramatrimonial era sancionada por la famosa

frase «respeto a la paz y tranquilidad de las familias», siendo los hijos nacidos en circunstancias como la de la demandante los que más tenían que sufrir las consecuencias del proceder de sus progenitores. Aunque en el presente caso hubiera quedado paliado el indudable trauma psíquico que hubo, sin duda, de representar para la actora la situación, por la postura de hecho (aunque no la hubiese plasmado jurídicamente, sin duda por no interferir en el *status* social de aquella) de su padre biológico: afecto y ayuda económica con largueza. De las fotografías aportadas a los folios 115 y siguientes se infiere como un indicio más el gran parecido físico entre la actora y su padre biológico, corroborado, además, por numerosos testigos que lo conocieron en su juventud. En el orden de la paternidad legal aparente, la carta de don E. V. a su hija B. (madre de la actora), de fecha 20 de septiembre de 1943, que obra al folio 2 (recuérese que la actora nació el 29 de julio de 1944), claramente refleja la grave crisis del matrimonio de aquélla con el referido padre «legal» de la demandante. A ello hay que añadir la comparecencia notarial de la madre, de 20 de diciembre de 1984 (folios 103 y siguientes), donde declara que desde 1939 no mantenía relaciones sexuales con su marido, del que en 12 de diciembre de 1945 pidió la incapacitación legal por alcohólico (folios 3 y 4). Igualmente la declaración notarial de la hermana de la actora (folios 110 y 111), donde afirma que sus padres vivían en habitaciones separadas y que su madre mantenía relaciones íntimas amorosas con el pretendido padre de la actora desde 1940. Todo ello corrobora que es racional pensar en la falta de relación sexual entre los cónyuges.

Undécimo. A mayores, las pruebas que se relatan acreditan en cuanto a la relación paterno-filial reclamada una «posesión de estado», obviamente, limitada dentro de los condicionamientos de tiempo y lugar a los elementos definidores posibles de la situación, pero con la suficiente entidad y firmeza corroboradora. Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991, «la posesión de estado en tema de filiación no matrimonial no puede estructurarse en intensidad con los mismos presupuestos fácticos, que en su caso provendrían cuando se trate de una filiación matrimonial». Eludido, por tanto, el elemento configurativo del *nomen*, que dadas las circunstancias del caso no cabe se exija, tanto el *tractatus* como la «fama o *reputatio*» coinciden en la apreciación favorable a la posesión del estado de hijo, por cuanto las generosas ayudas y las atenciones y consejos prodigados por el padre pretendido a la actora son inequívocos y acreditan una prolongada situación en el que su comportamiento en lo afectivo y en lo material (*tractatus*) se produjo en forma notoriamente exteriorizada que excedió del ámbito familiar (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1994) y generó una opinión pública, aún soterránea por las circunstancias, expresiva y aseguratoria de la paternidad (fama o *reputatio*), hasta el punto de que consta acreditado que en su etapa escolar la demandante era discriminada por sus circunstancias de filiación.

Duodécimo. El ejercicio conjunto de las acciones de reclamación de la paternidad y de la impugnación de la filiación contradictoria, hoy plenamente permitida, según el tenor literal del artículo 134 (sin entrar en cuestiones acerca de si cobija dos pretensiones acumuladas o una sola pretensión con varios componentes), exige en todo caso, en un buen orden lógico procesal, la supeditación de la segunda a la primera dado el carácter principal de esta última, que embebe en su contenido a la otra cuando existe una filiación opuesta a la reclamada, según ha resuelto la jurisprudencia de esta Sala

(Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1988 y 23 de febrero de 1990). Permitir en todo caso —dicen— la impugnación de la filiación contradictoria equivale, por un lado, a decir que la impugnación es accesorio de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro, que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 para la de impugnación; artículo que ahora no es de aplicación porque se refiere a una acción que sólo fue ejercitada en este juicio inevitablemente como secundaria de la de reclamación de filiación; siendo factible en todo caso la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, como ocurrió en el caso discutido. En el asunto han quedado probados tanto los hechos constitutivos de la reclamación como de la impugnación. En consecuencia procede que se declare la filiación no matrimonial de doña C. O. V. cuyo padre biológico es don J. G. R., ordenándose, por ello, la rectificación de la inscripción del acta de nacimiento en cuanto a los datos de la verdadera paternidad en el Registro Civil, con los asientos que procedan.

Decimotercero. Reconocida la verdadera filiación biológica de la actora y, por tanto, la paternidad reclamada, corresponde resolver sobre las demás pretensiones relativas a la herencia del padre. Al efecto ha de señalarse que ha de seguirse una interpretación simple y literal de la disposición transitoria 8.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo («las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas, después por la nueva legislación»), habrían de rechazarse las peticiones sobre la sucesión del progenitor causante. Pero la jurisprudencia ha matizado las diferentes situaciones posibles, según que entre la fecha de promulgación de la Ley y la fecha del fallecimiento del causante, siguiera o no como Ley suprema interpuesta la vigente Constitución. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990, referida a una sucesión abierta antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, tras analizar la retroactividad o irretroactividad de las disposiciones transitorias 1.^a y 8.^a de la Ley de 1981, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, concluye afirmando «que la transitoria 8.^a consagra una retroactividad de grado mínimo, en el sentido de que la nueva Ley se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no las que, como la discutida, se abrieron con anterioridad, no sólo a la Ley de 1981, sino a la propia Constitución Española, pues falleció el causante en 1969. El precedente criterio ya se sostuvo con toda suerte de consideraciones acerca de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida que afectare a situaciones jurídicas de efectos ya consumados sobre herencias en cuanto a hijos «ilegítimos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987). En cambio, la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14, sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que sólo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, luego de examinar la mentada disposición transitoria y relacionarla con la fecha del fallecimiento del causante posterior a la Constitución Española (en el caso que examinamos el padre falleció el día 26 de marzo de 1981), establece que «en aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte

(art. 657 del Código Civil) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada disposición derogatoria 3.^a, quedaron sin efecto los preceptos del Código Civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial, y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega el actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y por tanto niega su preterición en la herencia por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución. El precedente criterio aparece —asimismo reconocido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987, de 14 de octubre, al sentar que en su disposición transitoria 8.^a prescribe la Ley 11/1981 (de «Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio») que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación»—. Formalmente es ésta una regla de remisión cuyo contenido se reduce, como es patente, a la determinación de la normativa aplicable a las sucesiones abiertas antes de la modificación de régimen sucesorio que la propia Ley opera. Como norma sobre la aplicación del Derecho, esta disposición transitoria no es en sí misma, por tanto, regla «aplicable» en el procedimiento del que la cuestión procede y no puede negarse por ello algún fundamento a la advertencia que el Letrado del Estado hace de que la decisión del proceso que está en la base del presente vendrá condicionada por la conformidad o disconformidad con la Constitución de las disposiciones legales a las que la cuestionada se remite, y no por el contenido de la regla de Derecho transitorio. Y más adelante añade: «pero es que, además, tampoco el tenor literal de las tantas veces citada disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino de modo genérico a la legislación anterior, expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia ya citada. Esta interpretación, de acuerdo con la cual la remisión de la disposición transitoria 8.^a a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo, es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada no sólo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. Limitar a los viejos preceptos del Código Civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la disposición transitoria equivaldría, en efecto, a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra».

Decimocuarto. La condición, por tanto, de heredera forzosa de la actora en la sucesión del señor G., su progenitor, no puede eludirse. Y su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legítimos que le corresponden en la herencia de su padre. La atribución a la actora en el testamento no en cuanto hija, sino en cuanto persona fuera del círculo de los legítimos de unos expectantes derechos como sustituta indirecta de la demandada y recurrida viuda del causante en parte de los bienes hereditarios, no equivale a mención con eficacia para desvirtuar la preterición y, por ello, hay que rechazar la fórmula de la acción de completo de legítima como medio de satisfacción jurídica de los derechos hereditarios, acción que, obviamente, ha de tener por asiento que posibilite su ejercicio una base cuantitativa cierta y segura, por supuesto de alcance menor, si se espera que prospere, que el monto de los derechos legítimos. En ningún caso puede admitirse que los derechos actuales de la actora sobre los dos tercios de la legítima queden gravados por una sustitución fideicomisaria. El fideicomiso de residuo en favor de la actora respecto de finca determinada carece tanto por el carácter potencial y no actual de la herencia como por la naturaleza condicional de su efectividad de fuerza que impida la anulación de la institución de heredero con los efectos procesales frente a terceros que determina el artículo 1.252 del Código Civil y, por ende, ha de procederse respecto de la herencia, según las reglas de la sucesión intestada. En definitiva, deben respetarse los derechos de heredera única de doña C. O. V., sin perjuicio de los derechos usufructuarios del cónyuge viudo. Se han tomado en consideración, especialmetne, los artículos 813, 814 y 834 del Código Civil en la versión anterior a la vigente de la Ley 11/1981, junto con las derogaciones que por exclusión de discriminaciones impone la Constitución española, particularmente el artículo 14.

Decimoquinto. Por consecuencia, de acuerdo con los razonamientos del Juez de Primera Instancia y, también, con los explicitados por el Magistrado que votó en disidencia, debe ordenarse la nulidad de las inscripciones registrales de dominio a favor de la demandada, doña M. B. D., indicadas en el hecho quinto de la demanda, por lo que procede su cancelación y rectificación de conformidad con el fallo. Así mismo, la demandada responde frente a la actora del valor de los bienes de la herencia del causante de que haya dispuesto, con obligación de indemnizar en su caso; y asimismo está obligada a entregar a la actora los bienes integrantes de la herencia del causante con los frutos percibidos y debidos percibir, sin otra detracción que la correspondiente al usufructo viudal de que es titular.

COLISIÓN ENTRE FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL. ARTICULO 116 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994.)

La demandante y apelante, separada de su marido por Sentencia de 3 de noviembre de 1987, sin que en autos conste prueba alguna en orden a la fecha de una posible separación de hecho anterior de los cónyuges, tuvo el 8 de abril de 1988 un hijo, que se inscribió en el Registro Civil con los apellidos de la madre, al no manifestarse al encargado la fecha de la separación de los cónyuges, cuyo hijo pretende su madre que tiene por padre al demandado y apelado, persona distinta del marido, habiéndose negado a someterse a la prueba

biológica, negativa que el Tribunal Supremo valora en relación con las circunstancias concurrentes, entre ellas la de que se trata de dos litigantes de alto nivel cultural (arquitecto y licenciada en Derecho) que deben conocer la trascendencia e importancia que corresponde a la aportación probatoria en estos casos, y en autos no consta la existencia de ningún principio de prueba presuntiva (carta, fotografía, documento, factura, etc.) demostrativa de unas relaciones que fueran más allá del simple compañerismo o relación de trabajo. Por lo que con este parco acervo probatorio y la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil en contra no es posible admitir la denuncia de que se han interpretado y aplicando indebidamente los artículos 127 y 135 del mismo texto legal. El nacimiento del menor cuya paternidad ahora se reclama se encuentra comprendido dentro de los límites de la presunción del artículo 116 del Código Civil, atribuyéndose la paternidad al marido de la madre. De tal modo que la existencia de esta litis ha sido posible en virtud de la ilegalidad cometida en la inscripción de nacimiento del menor, pues si se hubiera manifestado al encargado del Registro Civil la fecha de la separación (legal o de hecho) de la madre y del marido, este funcionario habría tenido en cuenta la citada presunción legal, determinando la paternidad del modo que señala el artículo 115.1.º del Código Civil. Y una vez fijada la filiación con arreglo a las prescripciones legales, debieron entrar en juego las disposiciones del artículo 131 del mismo texto legal, impidiendo una reclamación que contradiga otra filiación legalmente determinada sin haber impugnado previamente ésta. Razones por las cuales 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.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN. PRUEBA. ARTÍCULOS 133 Y 135 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1994.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente expuestas las circunstancias fácticas concurrentes en el tema litigioso:

Primero. Sin perjuicio de las concreciones fácticas que más adelante se harán, los antecedentes previos que de momento han de consignarse aquí para la adecuada comprensión de la cuestión debatida son los siguientes: 1.º Don J. I. G. nació en Bilbao el día 16 de enero de 1968, siendo hijo no matrimonial de doña M. I. G., de estado soltera, figurando en la inscripción de nacimiento del mismo, como nombre del padre, el de J. 2.º Don J. G. C. falleció el día 27 de enero de 1989, a la edad de sesenta y nueve años, en estado de soltero y bajo testamento abierto (otorgado el día 18 de enero de 1989 ante el Notario de Santander don Ildefonso Ramos Fernandez, bajo el número 173 de su protocolo) por el que «instituye herederos universales, por partes iguales, a su sobrino don J. J. G. U. y a don J. I. G., de veintiún años de edad, domiciliado en Bilbao, Alameda de San Mames, número treinta y nueve».

Segundo. En mayo de 1989, don J. I. G. promovió contra don J. J. G. U. (en su calidad de heredero de don J. G. C.) el proceso de que este recurso dimana, en el que postuló se dicte sentencia por la que: «1.º Se declare la filiación de don J. I. G. como hijo extramatrimonial de M. I. G., ya reconocido, y de don J. G. C, con las consecuencias inherentes a dicha afiliación (*sic*). 2º Consiguientemente a la anterior declaración y a tenor de lo establecido en el artículo 807 y 808 y concordantes del Código Civil, se declare a mi representado heredero forzoso con derecho a percibir la legítima del haber hereditario del padre, don J. G. C». En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó Sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao por la que, confirmando en su integridad la de Primera Instancia, estima totalmente la demanda y declara que el actor, don J. I. G., «es hijo extramatrimonial de M. I. G., ya reconocido por ella, y también lo es de don J. G. C, ya fallecido, con las consecuencias inherentes a dicha filiación, incluida la de ser considerado heredero forzoso y por tanto con derecho a percibir la legítima del haber hereditario de don J. G. C». Contra la referida sentencia de la Audiencia el demandado, don J. J. G. U., ha interpuesto el presente recurso de casación con un motivo.

Tercero. La Sentencia aquí recurrida, bien directamente, bien por la plena aceptación que hace de la de Primera Instancia, declara probados los siguientes hechos: 1.ª Existencia de unas relaciones afectivas entre doña M. I. G., madre del actor, y don J. G. C, iniciadas cuando aquella contaba dieciséis o diecisiete años, y éste treinta y ocho o treinta y nueve, cuya relación afectiva se prolongó durante diez años. Así lo declaran numerosos testigos, algunos de los cuales concretan que M. no tuvo relación con ningún otro hombre, «saliendo» sólo con el señor G. y aseverando otros testigos que a ellos les manifestó expresamente el señor G. que el niño (hoy actor) era «hijo» suyo y que esta palabra era frecuentemente utilizada por él para designarlo. 2.ª Al confirmarse el estado de embarazo de M., don J. G. C. la sacó de la casa de los padres de aquella, con quienes vivía, y la llevó a vivir a un piso de su propiedad (del señor Goiti Canales), sito en calle Alameda de San Mames, 39-3.º, de Bilbao, en donde éste la visitaba a diario, y poco antes del parto la trasladó a otro piso también de su propiedad, sito en calle Carmelo Gil, 8-1.º, naciendo el actor el día 16 de enero de 1968, al que se le puso el nombre de «J.», sufragando don J. G. C. los gastos clínicos del parto a través de doña A. G., «hechos que son en autos acreditados sobradamente a través de prueba documental y testifical». 3.ª Nuevo traslado, un año después del parto, al piso de la calle Alameda de San Mames, donde con la misma periodicidad madre e hijo recibían las visitas de don J. G., trasladándose éste a Santander cuando el niño contaba tres años de edad. 4.ª Conocimiento de la existencia del niño en el entorno familiar de don J. G. «Se aportan a los autos numerosas fotografías (dice textualmente la Sentencia de Primera Instancia, que como se ha dicho es aceptada íntegramente por la aquí recurrida) que si bien es cierto que por sí solas no constituyen elementos concluyentes de una paternidad, expresan un revelador afecto, ciertamente inusual en el contexto de una mera relación de amistad como pretende el demandado (algunas de las fotografías muestran al niño con la madre de J., ya fallecida, en el domicilio, en la calle y junto con los abuelos maternos)». 5.ª A partir del traslado de don J. G. a Santander, éste es visitado cada semana o quincenalmente por Magdalena y el niño y, en los últimos años, por el actor únicamente. «Amén de documental, incluida la fotografía (dice textualmente la Sentencia de Primera Instancia), constan nume-

rosos testimonios de amigos y vecinos de J. en Santander, algunos de los cuales afirman cómo J. se refería al actor como "su hijo", siendo su actitud y comportamiento en las reuniones propias de un padre». 6.º Aportación económica de don J. G. al sostenimiento del actor y su madre desde la época del embarazo hasta momentos antes de su fallecimiento, representada dicha aportación no sólo por la residencia, ya aludida, en pisos propiedad del señor G., sino por envíos periódicos de cantidades de dinero. 7.º Testamento de don J. G., por el que deja el 50 por 100 de sus bienes a quien hoy reclama la filiación.

Los referidos hechos, que las constantes Sentencias de la instancia declaran probados, han de ser mantenidos invariables en esta vía casacional al no haberse articulado ningún motivo que tienda a desvirtuarlos.

Con base en tan abundante elenco probatorio, la Sentencia aquí recurrida, en plena y total coincidencia con la del primer grado, llega a la conclusión de que los referidos hechos «evidencian sin ningún género de dudas a esta Sala (de apelación) la existencia no sólo de relaciones sentimentales entre M. y J. G. (indudablemente por error, la Sentencia recurrida le llama J. G.), sino también que fruto de las mismas nació el hoy actor» (fundamento jurídico único —sin numerar— de la Sentencia recurrida).

Cuarto. Con residencia procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente) aparece formulado el motivo único del recurso, en cuyo encabezamiento se denuncia textualmente «infracción de normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicables al caso y, en concreto, por violación del artículo 135 del Código Civil en su último inciso y de la doctrina legal interpretativa de dicho precepto, de la que constituyen muestra las Sentencias de esa Sala de 27 de junio de 1987 y 26 de noviembre de 1990, entre otras, al declararse la filiación controvertida en base a unos hechos que no guardan la necesaria analogía, a efectos de inferir de ellos la realidad de esa filiación, con aquellos supuestos fácticos expresamente prevenidos en el mencionado artículo como soporte de las presunciones de paternidad que el mismo establece. Y ello porque de los elementos fácticos declarados probados por la Sentencia recurrida no se sigue la existencia de la controvertida relación paterno-filial con igual coherencia lógica a la que se da entre los supuestos legalmente prevenidos como hechos base y la filiación que de los mismos se deduce». A través del extenso y reiterativo alegato integrador de su desarrollo, en el que se hace una difusa cita de muy numerosas sentencias de esta Sala, el recurrente viene, en esencia, a sostener que los hechos que la Sentencia recurrida declara probados, y cuya certeza no cuestiona, no pueden ser considerados «análogos» a los que relaciona el artículo 135 del Código Civil, por lo que no es posible obtener de ellos, dice, la conclusión de la paternidad del fallecido, don J. G. C, con respecto al demandante, don J. I. G. Después de hacer constar que la inmensa mayoría de las Sentencias de esta Sala que invoca el recurrente se refieren a casos concretos de negativa del demandado (supuesto padre) a someterse a las pruebas biológicas, por lo que, obviamente, carecen de aplicación al presente caso litigioso por haber fallecido al formularse la demanda el que en ella aparece designado como presunto padre; hecha, decimos, la anterior puntualización, para la resolución del presente motivo han de tenerse en cuenta las siguientes premisas previas: 1.ª La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida (art. 133 del Código Civil) y, por tanto, es

ejercitable por el mismo aunque haya fallecido el designado como presunto padre (o madre, si lo que se cuestiona es la maternidad), lo que entraña que del material probatorio utilizable han de quedar, obviamente, excluidas en dicho supuesto las pruebas biológicas. 2.^a En orden a la interpretación del artículo 135 del Código Civil, es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.1 del mismo Código, en orden a permitir que se tomen en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo» (Sentencias de 8 de julio de 1986, 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1988, 5 de abril y 20 de julio de 1990, 5 de octubre de 1992, 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, entre otras muchas). Sobre la base de lo anteriormente expuesto, el presente motivo ha de ser desestimado, pues los hechos que las constantes Sentencias de la instancia declaran probados, que han sido detalladamente relacionados con el fundamento jurídico anterior de esta resolución y aquí se dan por reproducidos, guardan una patente analogía con los ya dichos, que el artículo 135 del Código Civil enumera en relación abierta, en cuanto notoriamente indicianos aquéllos de las relaciones afectivas y sexuales tenidas exclusivamente por don J. G. C. con doña M. I. G., mantenidas durante diez años, dentro de cuyo período de tiempo se produjo la concepción y el nacimiento del demandante y aquí recurrido, don J. I. G., por lo que se ajusta a la más estricta lógica, según las reglas del criterio humano (art. 1.253 del Código Civil), la conclusión favorable a la declaración de paternidad del fallecido, don J. G. C. con respecto a don J. I. G., que los Juzgadores de la instancia, en sus coincidentes Sentencias, han obtenido de los referidos hechos-base que declaran probados y cuya certeza no ha cuestionado el aquí recurrente.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. OBSTRUCCIÓN A PRACTICARLAS.
(SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Confirma los fallos de los Tribunales de instancia considerando la conducta obstruccionista y de resistencia del demandado, apelante y recurrente como *ficta confessio*, unidas a las demás pruebas practicadas y posibilidad de relaciones íntimas con la madre de la menor. Sigue la línea de reiteradísima jurisprudencia.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. RESISTENCIA A PRACTICARLAS.
(SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Reitera la doctrina de la anterior.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. NEGATIVA A PRACTICARLAS. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Confirma la doctrina de las anteriores.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. NEGATIVA A PRACTICARLAS. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1994.)

Sigue la misma línea de las anteriores.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. NEGATIVA A PRACTICARLAS. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1995.)

Mantiene el mismo criterio que las precedentes.

PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS. RESISTENCIA A PRACTICARLAS. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1995.)

Abunda en las mismas consideraciones que las anteriores, con idéntico fallo.

ALIMENTOS. PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1994.)

La acción para pedir alimentos prescribe a los cinco años, contados desde que conociendo su filiación pudo ejercitarla el hijo mayor de edad, precisamente desde la fecha de su mayoría de edad.

NULIDAD DE MATRIMONIO. MALA FE. HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA CANÓNICA. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1994.)

Declarada canónicamente la nulidad del matrimonio por engaño doloso de la esposa, consistente en hacer creer al marido que todavía estaba en edad para engendrar hijos, sin hacer declaración expresa sobre su mala fe, que apreció la Sentencia de la Audiencia, revocatoria de la del Juzgado, el Tribunal Supremo declara que la conducta dolosa equivale a la mala fe, por lo que no se excedió la Audiencia al hacer ese pronunciamiento conforme a lo solicitado por el marido.

F. C. L.