

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

NO PUEDE ADMITIRSE UNA TERCERIA DE MEJOR DERECHO CUANDO ESTABAN ADJUDICADOS LOS BIENES EMBARGADOS. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es ciertamente añeja la jurisprudencia que mantiene la doctrina que sintéticamente se expresa así: Que la regla consignada en el primer apartado del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está subordinada a las excepciones comprendidas en los dos párrafos siguientes, y disponiéndose en el último de éstos que si la tercería fuere de mejor derecho, no se admitirá después de realizado el pago al ejecutante, es claro que siendo como es la adjudicación una forma de pago que la Ley reconoce, no debe admitirse ni puede estimarse, en definitiva, una tercería de aquella clase deducida cuando estaban adjudicados al ejecutante en pago de su crédito todos los bienes embargados al deudor ejecutado; que si éste tuviere otros bienes y los persiguiese el ejecutante, podría el tercerista ejercitar su acción en cuanto a ellos y que el párrafo segundo de dicho artículo se refiere exclusivamente a las tercerías de dominio y no es aplicable a las de mejor derecho, que se rigen por el párrafo tercero.

ARTICULO 1.504: SI EN EL REQUERIMIENTO SE CONCEDE AL COMPRADOR UN NUEVO PLAZO, SE RENUNCIA A LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El supuesto de hecho controvertido aquí es que en las compraventas de bienes inmuebles aun cuando se hubiese estipulado que el impago del precio produjera la resolución del contrato, no obstante, según esta norma específica del artículo 1.504 CC, se concede al comprador la posibilidad de pagar después de expirado el término, siempre y cuando no haya sido requerido judicial o notarialmente, de tal forma que si ha sido

requerido de resolución, tras ese requerimiento no procede el pago posterior liberatorio; mas, sin embargo, en el caso de autos se observa que el requerimiento no se limita exclusivamente a manifestar de forma evidente la voluntad resolutoria del contrato, vedando cualquier cumplimiento de pago tardío por parte del comprador, pues se le concede al comprador la posibilidad de pagar con posterioridad, con lo cual estaba renunciando a la viabilidad de poder resolver el contrato.

CESION: LOS EFECTOS SIGUEN RIGIENDOSE POR EL CONTRATO ORIGINARIO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Tampoco ha tenido lugar novación contractual, sino auténtica y efectiva cesión, ya que aquélla supone la sustitución total o parcial de un convenio por otro. En el caso de autos el contrato original se traspasó a los recurridos con todas sus consecuencias y operatividad para la otra parte, que lo aceptó y cumplió.

La novación se entiende como subrogación de derechos y obligaciones en devengo; en cambio, la cesión lo es en el derecho y asunción de las obligaciones. Los efectos sucesivos del contrato que pasan al cesionario siguen rigiéndose por el contrato originario que se traspasa si no surge otro sustitutorio de aquél, pues éste de esta manera se conserva, pero con otra operatividad.

RATIFICACION TACITA DEL MANDATO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que, según reiterada doctrina que se recoge, entre otras, en la Sentencia de 13 de julio de 1987, si el mandante se aprovecha de los actos efectuados por el mandatario sin su autorización los ratifica tácitamente y ya no puede ejercitar las acciones de inexistencia o nulidad que contemplan los artículos 1.259 y 1.727 del CC, lo que ocurre también cuando el representado crea una apariencia de mandato o apoderamiento, o cuando permite con su actitud que así se crea por terceras personas, vulnerando el principio de buena fe; pero no lo es menos que la apreciación de si tales circunstancias se producen, las de la existencia o no de la ratificación, la del consentimiento y la de la buena o mala fe son materias o funciones que competen al Juzgador de instancia.

LA DEMORA EN LA INSCRIPCION DEL TITULO DEL VENDEDOR NO FACULTA AL COMPRADOR A DEJAR DE PAGAR EL PRECIO. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Las obligaciones recíprocas que para las partes surgen del contrato de compraventa son la de la entrega de la cosa por el vendedor y la del pago del precio por el comprador, si bien los contratantes, en uso de la libertad de pacto, pueden establecer las obligaciones accesorias o complementarias que estimen convenientes a sus intereses; en el presente caso las partes no establecieron ninguna obligación accesoria de cuyo cumplimiento se hiciese depender las obligaciones fundamentales de este contrato, por lo que entregada la cosa vendida por el vendedor al comprador que ha venido disfrutando pacíficamente de su posesión, éste venía obligado al pago del precio de la forma pactada y al no hacerlo así, está justificada la resolución

del contrato. Aun en el caso de que se estimase, como hacen las sentencias de instancia, que el vendedor tenía obligación de inscribir su título de propiedad para posibilitar el acceso al Registro de la transmisión de dominio a favor del comprador, la demora en la inscripción no puede estimarse como una obligación fundamental y sí debe estimarse como incumplimiento de una obligación accesoria; y es doctrina de esta Sala la de que el incumplimiento de una obligación accesoria no es suficiente para justificar el incumplimiento por la otra parte de las obligaciones fundamentales que para ella nacen del contrato.

De ahí que al faltar ese carácter de reciprocidad entre esa obligación accesoria de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, recayente sobre el vendedor, y la de pagar el precio, que pesa sobre el comprador, tal pretendido incumplimiento no es bastante para justificar el del comprador de su principal obligación.

Comentario.—Considera el Supremo una obligación accesoria la inscripción del título del vendedor en el Registro y revocando las sentencias de instancia, estima que dicha no inscripción no puede ser óbice para que el comprador deje de pagar el precio. Ciertamente nuestro sistema es de inscripción voluntaria, pero cada vez se demuestra más palpablemente la importancia de la institución registral, que es la que da auténtica seguridad a los compradores y es la más firme garantía del crédito inmobiliario. Al no poder quedar amparada por la publicidad registral, la entidad compradora, aunque tuviese la pacífica posesión de la finca transmitida, se veía privada de la posibilidad de hipotecarla —aquí ya la inscripción es constitutiva— y prácticamente de enajenarla, pues los posibles compradores le exigían la inscripción registral. Y estas facultades del dominio no son tan baladíes como, con cierta ligereza, parece juzgar el Supremo.

EL ARTICULO 62 (HOY 45) DE LA LEY DEL SUELO NO ES APLICABLE A LAS SUBASTAS JUDICIALES. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1993.)

Hechos.—Por el procedimiento del artículo 131 LH se ejecutó la hipoteca constituida sobre un solar, que se remató en la subasta en más de trece millones de pesetas. El rematante había consignado previamente tres millones para poder tomar parte en la subasta, y no completó el resto del precio, sino que alegó nulidad de la subasta, porque en dicho solar no se podía edificar. Aunque su pretensión es acogida por la Audiencia, el TS confirma la validez de la subasta.

Doctrina de la Sentencia.—Unánime sentir doctrinal destaca que la *ratio legis* del artículo 62 (hoy 45 en el texto de 1992) de la Ley del Suelo, es garantizar el cumplimiento de los planes urbanísticos, el derecho de los adquirentes, y evitar posibles fraudes, ninguno de cuyos objetivos es imaginable que se frustre con las enajenaciones en subasta.

Los requisitos exigidos por el artículo 62 de la Ley del Suelo son de imposible cumplimiento en la generalidad de los supuestos, pues en las subastas judiciales o notariales de terrenos hipotecados no hay cauce jurídico para introducir en los títulos que gozan de protección registral las cláusulas o compromisos puramente obligacionales contraídos por los propietarios y a los que se refieren los apartados 2 y 3 del citado artículo.

El sujeto transmitente en los negocios jurídicos privados es siempre el titular del derecho de propiedad o su representante, mientras que en las su-

bastas quien las pone en marcha puede ser el propietario del bien, el acreedor o incluso el tercer poseedor.

El precio de salida es **inmodificable** puesto que trae su origen ya desde la escritura de constitución de la hipoteca, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa, que será el que tenga el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor. Le incumbe pues al licitador ver, investigar e informarse para concurrir a la subasta.

Entender aplicable el artículo 62 a las subastas crearía además innumerables problemas en el crédito hipotecario.

Todo lo anterior aconseja concluir que la frase «el que enajenare» no comprende a las subastas.

HIPOTECA MOBILIARIA: HAY QUE ATENDER A LA FECHA DE LA ESCRITURA PARA DETERMINAR SI EXISTE EMBARGO PRECEDENTE. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El momento al que hay que atender para determinar si existe o no ya algún embargo precedente, que impida la constitución de la hipoteca mobiliaria, es al del otorgamiento de la escritura (no al posterior de la inscripción de la misma), como se desprende de que, habiendo de constituirse la hipoteca mobiliaria mediante escritura pública (art. 3) el precedente artículo 2 establece que «no podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados».

Se plantea el tema de la preferencia entre una hipoteca mobiliaria inscrita y un embargo posterior a la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de dicha hipoteca, y además no anotado en el Registro, que lógicamente ha de corresponder a aquella sobre éste, como además se desprende de lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

LA PREVIA RECLAMACION ADMINISTRATIVA NO ES CONDICIONANTE ABSOLUTO DEL EJERCICIO DE LA ACCION. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1993.)

Hechos.—La madre de un menor, que falleció ahogado en una piscina municipal, demanda al Ayuntamiento. Este es condenado, pero recurre alegando falta de previa reclamación por la vía administrativa. El Tribunal Supremo confirma la sentencia condenatoria.

Doctrina de la Sentencia.—Ciertamente, el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece como requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el Derecho privado o laboral contra el Estado y Organismos Autónomos, la reclamación en vía administrativa, exigencia que tiene como finalidad sustancial la de evitar que el particular o la Administración se vean envueltas en un proceso sin haberles dado la posibilidad de evitarlo.

Si en el actual trámite procesal, después de haberse agotado dos instancias, se acogiese el motivo para dar curso a la meritada vía administrativa, se produciría un notorio quebranto para la justicia por las dilaciones que llevaría consigo.

Nada ha de objetarse a la vigencia del citado artículo 138, que en efecto no ha sido expresamente derogado, y menos aun al principio constitucional de sometimiento de los Tribunales al imperio de la Ley, pero ello no impide obviamente que aquel precepto deba ser interpretado conforme a los criterios contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil.

La jurisprudencia ha venido declarando que, aunque reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento en que aquella viene a sustituir a éste, identificándose su finalidad y consecuentemente, sus efectos. Suprimida en 1984 la obligatoriedad, en algunos casos, del acto de conciliación, se ha debilitado todavía más cualquier interpretación radical de los efectos de la reclamación previa, como requisito necesario para el ejercicio de determinadas acciones frente a la Administración.

Puede concluirse que, en definitiva, no existe en nuestro Ordenamiento jurídico actual base alguna para que la exigencia del artículo 138 opere como condicionante absoluto del ejercicio de la acción.

NULIDAD DE LA CONDONACION DE DEUDA CONSEGUIDA MEDIANTE INTIMIDACION. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1993.)

Hechos.—El Ayuntamiento de M. adeudaba a una empresa unos setenta millones de pesetas. La empresa tuvo que «subvencionar» con veinte millones al Ayuntamiento deudor, con la promesa de que así obtendría el pago de lo adeudado. El Supremo declara la nulidad de tal «subvención».

Doctrina de la Sentencia.—Si bien en la generalidad de los casos toda condonación de deuda suele responder a un ánimo de liberalidad del acreedor (*causa donandi*), y de ahí que en materia de inoficiosidad y de forma el artículo 1.187 del Código Civil se remita a la normativa de las donaciones al regular la condonación, ello no impide que ésta, por convenio entre las partes, pueda responder a otra causa distinta de la expresada liberalidad del acreedor.

De la prueba practicada se desprende claramente que la entidad acreedora, dada la muy difícil situación económica que atravesaba, se vio forzada a hacer condonación de parte de la deuda, ante la exigencia que le impuso el Ayuntamiento, como único medio posible de conseguir el pronto pago de parte de lo que se le adeudaba, lo que además de entrañar una causa ilícita, pues no es permisible que en un Estado de Derecho un ente público trate de aprovechar la angustiosa situación económica de un acreedor, para obtener del mismo una condonación parcial de la deuda, la expresada conducta seguida por el Ayuntamiento demandado puede ser determinante de una intimidación, como vicio del consentimiento, al concurrir los requisitos que configuran la misma: temor racional y fundado (no obtener dicha entidad el pago de lo que se le debe), mal inminente y grave (peligro de suspensión de pagos), amenaza injusta o ilícita (no pagar si no se condona parte de la deuda) y nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado.

LA CESION DE UN SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA ES UN CONTRATO ATIPICO. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Por su especial y compleja naturaleza su calificación no encaja exactamente en las figuras contractuales legalmente institui-

das ni en las modeladas por la doctrina, puesto que en este orden de cosas aparece la que aquí se contempla, como posible negocio nítidamente protegido por el artículo 1.255 del Código Civil, acogiendo el principio rector de autonomía de la voluntad y es evidente que por la similitud estructural de los negocios jurídicos de compraventa y permuta, no puede incardinarse por virtud de la diferencia en el tiempo en punto a la realización de las contraprestaciones, con desequilibrio manifiesto entre el que entrega el terreno ya actualmente y el que en un futuro ha de entregar los locales a construir. Habiéndose definido estos contratos como atípicos o innominados *do ut des* con grandes analogías con la permuta.

EL SUSPENSO CONSERVA SU CAPACIDAD DE OBRAR. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La declaración de suspensión de pagos sólo tiene eficacia respecto a la actividad patrimonial del deudor, desde el momento en que la declaración judicial de tal situación irregular para el normal tráfico jurídico, impone la fiscalización de todas las operaciones del deudor con la consiguiente designación de tres interventores. Por tanto aquel conserva intacta su capacidad de obrar, pero no es plenamente libre, sino con operatividad controlada, a fin de procurar, tanto en su propio interés como en el de los acreedores, y mientras se halle sujeto al procedimiento, la mejor positivización económica y rentabilidad de los bienes que efectivamente posea, para así atender de la manera más eficaz posible a las deudas contraídas, lo que quiere decir que dicha posesión ha de ser de disponibilidad efectiva y de posible realización.

Para establecer la ilicitud de la causa ha de atenderse no sólo que sea contraria a la Ley, sino también a la moral social y buena fe necesaria en las relaciones humanas.

LITISCONSORCIO PASIVO: HA DE EXISTIR UNA MISMA RELACION JURIDICA. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el llamado litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial, regida por el designio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia. Dicha excepción se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico material objeto del pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar (S. 23 marzo 1992), lo que exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo, como interesados en la relación jurídica controvertida, y ello es así, al exigir «una comunidad de relación jurídica que albergue ambas acciones» (la de los comparecidos en el pleito y la de los no llamados), es decir, una situación de hecho comunitaria, una misma relación jurídica o que tengan un interés directo legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos.

LA FOTOCOPIA ACEPTADA POR AMBAS PARTES TIENE FUERZA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Teniendo en cuenta la *vatio legis* del artículo 1.228 del Código Civil, el recurrente que pretende aprovechar la consecuencia que le es favorable, habrá de aceptarlo en la parte que le perjudique. Con ello se concede, por aceptación de ambas partes y adveración de las mismas, la eficacia probatoria, en este caso a una fotocopia; a diferencia de los supuestos reiteradamente contemplados por la jurisprudencia (Sentencias de 30 de marzo de 1982 y 13 de octubre de 1987, entre otras) en que se declaró que las fotocopias no adveradas ni cotejadas con sus originales carecen de fuerza probatoria, y en cambio sí la tienen las convenientemente adveradas y reconocidas.

LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.910 NO ES EXIGIBLE AL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1993.)

Hechos.—En una vivienda arrendada se produjo la rotura del bidet, lo que provocó una inundación en el despacho existente en el piso inferior, que a causa del material allí guardado, ocasionó elevados daños. El inquilino es condenado a indemnizar, y el arrendador-propietario es absuelto.

Doctrina de la Sentencia.—Entre los preceptos que el Código Civil dedica a regular las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, el caso objeto de litis tiene una incardinación en el artículo 1.910, cuyo precepto, ofreciendo una clara muestra de la denominada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo», y refiriéndose exclusivamente al que llama «cabeza de familia» (con el que quiere denominar al que, por cualquier título, habita una vivienda, como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven), responsabiliza a dicho «cabeza de familia» de los daños causados por «las cosas que se arrojen o cayeren de la misma», dentro de cuya expresión, al no tener el mismo carácter de *numerus clausus*, ha de incluirse tanto las cosas sólidas como los líquidos que de una forma u otra, caigan de la expresada vivienda y causen daños a tercero en su persona o en sus cosas. La mencionada responsabilidad «ex» artículo 1.910, limitada exclusivamente al que por cualquier título habita la vivienda como principal o cabeza de familia, no alcanza al propietario-arrendador de dicha vivienda, que, como es obvio, no habita en ella. Si bien podría también exigirse responsabilidad extracontractual o aquiliana al propietario-arrendador de la vivienda, aunque nunca con base en el citado precepto, sino en el genérico artículo 1.902 del Código Civil, ello sería en el supuesto de que habiendo sido la causa determinante del daño el mal estado de las instalaciones de la vivienda, el propietario-arrendador, conociendo dicha circunstancia, hubiere dejado de cumplir la obligación que le incumbe de repararlas.

ESTIPULACIONA FAVOR DE TERCERO: CLASES. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La estipulación en provecho de tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor

hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato y para fijar su naturaleza específica es preciso deslindar su esfera de acción, aislándola de otras figuras de derecho similares, diferenciándose el régimen jurídico de la prestación a tercera persona, según ésta venga autorizada solamente para recibir la prestación, o adquiriera además el derecho estipulado, diferenciación que se traduce en que, en el primer caso, el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor, mientras que en el caso del verdadero contrato a favor de tercero, este es el titular del derecho hacia él derivado.

LA SIMULACION IMPLICA UN VICIO EN LA CAUSA NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La simulación total o absoluta, al no estar específicamente regulada por nuestro Código Civil, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de la voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa, verdadera y lícita.

El Código Civil, fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en la que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*) y que configura la llamada simulación absoluta, y el otro, aquel en que la declaración represente la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado, o simplemente, simulación relativa.

J. Q. S.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

INCAPACIDAD POR ENAJENACION MENTAL. TUTELA. ARTICULO 235 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1993.)

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, confirmando la designación de tutor a favor de la institución «Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña», como más idónea para cuidar de la incapacitada, con preferencia a sus parientes colaterales, pues el

concepto de «beneficio del incapacitado» es el que debe presidir tal designación posponiéndose otras preferencias de tipo familiar.

Todo ello conforme a los siguientes fundamentos:

Unico.—Utilizando un solo motivo, la parte recurrente fundamenta su recurso denunciando la infracción del artículo 235 del Código Civil. Se trata de un procedimiento en el que se declara la incapacidad de doña Narcisa M. por causa de enfermedad mental, que fue instado por el Ministerio Fiscal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 203 del mismo Código, y en el que el recurrente don Jaime M. figura ostentando el cargo de defensor judicial del presunto incapaz.

No se combate en el recurso que estudiamos la básica y principal declaración de incapacidad de doña Narcisa, que es aceptada y consentida por todas las partes personadas; la impugnación va dirigida exclusivamente contra la designación de la persona que ha de desempeñar el cargo de tutor, y que en el presente caso recayó en la institución «Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña».

Aunque prescindamos, por razones que después se dirán, de la inadmisibilidad casacional de la única cuestión que aquí se viene discutiendo, dada su naturaleza de jurisdicción voluntaria, no se puede dejar de constatar que los Tribunales de instancia debieron limitar el contenido de sus resoluciones a la única cuestión que les fue sometida: la declaración de incapacidad de doña Narcisa, determinando la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que debiera quedar sometida en su caso (art. 210 CC).

La Constitución del organismo tutelar se integra en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 231 CC) que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el número 2 del artículo 222 del mismo texto positivo.

En el presente caso se han alterado los trámites procesales, y en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, el Juzgador efectuó el nombramiento de la persona del tutor.

Como este nombramiento tuvo lugar en el amplio campo de un procedimiento declarativo, y teniendo en cuenta las perentorias necesidades que padece doña Narcisa, esta Sala ha decidido aplicar el principio de economía procesal, y entrar a analizar el contenido de la resolución recurrida que es combatido en este recurso.

Conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del órgano jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma operada en el título correspondiente del Código Civil, orientándose la nueva regulación en un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del artículo 234, como el espíritu del 235, ambos del Código Civil, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de «beneficio del incapacitado» el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar.

En el caso de autos no existen ninguna de las personas relacionadas en el artículo 234, por lo que resulta de obligada aplicación las disposiciones del artículo 235, pero atribuyendo al Juez la facultad de valorar la «mayor idoneidad» de los propuestos. El defensor judicial recurrente propuso para el desempeño del cargo tutelar a doña Enriqueta M., prima hermana de la incapacitada, alegando en el recurso que la persona jurídica designada no ha tenido

relación alguna con la tutelada, a diferencia de lo que ocurre con la señora propuesta por él.

Del conjunto de la prueba que se practicó en los autos resulta, que la situación personal de doña Narcisa es la siguiente: Nació en el año 1916, luego tiene en la actualidad setenta y siete años; vive sola en una vivienda de la calle Figals 23-25, 6.º, 3.ª en la ciudad de Barcelona; padece una demencia senil con desconexión de la realidad; su régimen de vida es bastante anormal, dado su estado mental, y el abandono y desorden de su hogar por falta de ayuda; los parientes apenas si la visitan, pues la aspirante a la tutoría declara ante el Juez que hace mes y medio que no la ha visto, y que sus otros parientes no la visitan nunca; sus ingresos dependen de una pensión de 285.000 pesetas que percibe de la Caixa, sin que se le reconozcan otros bienes.

Todos los parientes (así lo dice el recurrente en sus escritos de fecha 3-5-1989, 16-6-1989 y 21-11-1989) creen necesario el ingreso de la incapaz en una clínica psiquiátrica; incluso en algún momento entienden que este ingreso es de carácter urgente, «ya que se está agravando rápidamente de las dolencias que padece».

A la vista del cuadro que se acaba de describir, la decisión tomada por el Juzgado, y ratificada después por la Sala de Apelación, resulta ser la más beneficiosa para la incapacitada, y la institución designada para desempeñar la tutela, la más idónea según el artículo 242 del Código Civil; pues habida cuenta de la necesidad ineludible de ingresar a doña Narcisa en una clínica geriátrica o psiquiátrica, de cuyas características y régimen debe ser especialista la institución «Asociación de Enfermos Mentales», sería esta clínica elegida, y la institución que desempeña la tutela, las encargadas de regir y cuidar la persona de la incapacitada; quedando únicamente para completar la función tutelar, la protección y administración de sus bienes, reducidos éstos al cobro de una pensión, que necesariamente debe aplicarse a cubrir los gastos de la estancia en la clínica, y al resto de sus necesidades personales; misión que puede desempeñar perfectamente el tutor designado, sin necesidad de acudir a otras personas, no tan directamente relacionadas con la incapacitada como en el recurso se afirma.

INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1993.)

La negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas no constituye *ficta confessio*.

Este criterio se reitera en la Sentencia de 8 de octubre de 1993.

FILIACION. IMPUGNACION POR EL MARIDO. ARTICULOS 116 Y 127 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1993.)

La Reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica y que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta.

El Tribunal Supremo, en sentencias de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, en base a los siguientes fundamentos:

Primero. Frente a la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia de Valencia, que declaró no ser el demandante, don José P. L., padre de la menor M.^a Trinidad P., con el consiguiente mandato de rectificación del Registro Civil, el Ministerio Fiscal plantea este recurso extraordinario, invocando la disposición del artículo 136 del Código Civil que, en el caso del nacimiento en el seno del matrimonio, exige que la impugnación de la filiación por el marido, se haga dentro del plazo de un año desde la inscripción en el Registro de la paternidad *ex-marito* establecida desde la presunción del artículo 116 del propio Código. La conclusión a que por rigurosa observancia de esta norma del artículo 136 del Código aisladamente considerado, se llega, pidiendo la desestimación de la acción entablada por el marido, cuya paternidad está, sin asomo de duda absolutamente descartada, ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el artículo 127 del Código, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, entre ellas la del artículo 116 que da pie, como mera presunción, a la posibilidad impugnatoria puesta en juego por el marido, acreedor, en este caso, de una particular atención, puesto que no hay indicio alguno que permita poner a su cargo la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica que estableció, fuera de toda duda, la negativa de su condición paterna, consideraciones que, en principio, militan en pro del rechazo del recurso y confirmación de la sentencia de apelación, declarando a los fines confirmatorios de lo resuelto en la instancia, se ajuste a derecho, una vez patente que, la Reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendente, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el artículo 39 de la Constitución española asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y la voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia Constitución. La hiriente discordia, según acertada y sincera expresión del representante del Ministerio Fiscal, entre la solución que en el recurso se postula y la realidad investigada y acreditada desde todas las perspectivas incluida la del interés, tanto del hijo a la verdad biológica como de la esposa, manifestando allanándose a la pretensión del marido, amén de la paz familiar, tan frecuentemente invocada en pro de mantener, pasado un cierto tiempo, la situación paterno-filial creada con la presunción legal de paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación, ya que la tan deseada pacificación en modo

alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal —art. 6.4 CC— contraria, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas —art. 3.1 y 2 CC— impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 de la Constitución Española, ignorado si es que se concluyesen en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponde con la realidad.

PATRIA POTESTAD. DERECHO A ALIMENTOS. INDIGNIDAD SUCESORIA. ARTICULOS 152, 154, 156 Y 756 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación y estima no procede la privación de la patria potestad, toda vez que los hijos eran ya mayores de edad al introducir el pleito, sin que tampoco exista obligación alimenticia del padre ni, por tanto, incida en causa de desheredación respecto a la hija premuerta, que era cotitular de un negocio de frutas y verduras, pues la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el artículo 756.

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1993.)

El impedir que se lleve a efecto la prueba biológica de paternidad, acordada por el Juez de Primera Instancia para mejor proveer, además de constituir una indudable falta de respeto debido a todo Tribunal de Justicia, supone un fraude a la Ley Procesal y el ejercicio antisocial de su propio derecho a la integridad física y a su intimidad.

BIENES GANANCIALES. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. LEGADO DE COSA GANANCIAL. ARTICULOS 609, 1.380 Y 1.461 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes declara no haber lugar al recurso de casación y ratifica la decisión de la Audiencia de Sevilla frente al distinto criterio mantenido por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. Para la mejor comprensión del presente recurso han de tenerse en cuenta, a más de los suplicos de los escritos rectores del proceso y los fallos de las sentencias de primera y segunda instancia, que constan recogidos de forma literal en los antecedentes de esta resolución, los hechos admitidos por las partes y sentados por la Audiencia, que constituyen base fáctica incólume,

inconcusa, de la que ha de partirse al haber sido inadmitidos, en momento procesal oportuno, los motivos que denunciaban error en la apreciación de la prueba; son los siguientes: 1) Don Joaquín Díaz Franco y doña Luisa González Muñoz contrajeron matrimonio el 22 de octubre de 1922. 2.) Tuvieron dos hijos, don Ignacio y don José Luis Díaz González, nacidos, respectivamente, en 1933 y 1939. 3) Doña Luisa González Muñoz falleció el 19 de diciembre de 1978 y por Auto de 17 de marzo de 1981 sus hijos fueron declarados herederos universales, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria. 4) El señor Díaz Franco contrajo nuevo matrimonio con doña Luisa Rueda Lérída el 10 de enero de 1980, del que no hubo descendencia. 5) El 27 de octubre del propio año 1980, el aludido señor otorgó testamento abierto por el que declaró herederos a sus dos hijos, legó a su esposa el usufructo vitalicio de dos casas sitas en Sevilla, una en la calle Lorenzo de Sepúlveda y la otra en El Real de la Jara, y penalizó al heredero que no aceptase tal disposición con la legítima estricta, y si no aceptaba ninguno legaba a la esposa el pleno dominio de dicho piso de la calle Lorenzo del Sepúlveda, abonando a los herederos el exceso sobre el tercio de libre disposición. 6) El señor Díaz Franco falleció el 27 de noviembre de 1983. 7) El piso últimamente citado es una vivienda unifamiliar, de renta limitada, adquirida por el señor Díaz Franco y su primera esposa, que ya lo habitaban como arrendatarios, por contrato privado de compraventa con precio aplazado, celebrado con el Patronato de Casas del Ministerio de Obras Públicas, el día 1 de abril de 1978, elevado a escritura pública con fecha 24 de febrero de 1983, habiendo sido pagado el precio de la siguiente forma: con dinero del primer matrimonio, por el señor Díaz Franco en estado de viudo y, fallecido éste, por uno de los herederos, siendo abonada sólo una pequeña parte durante el segundo matrimonio; en cuanto a la casa sita en El Real de la Jara, es una vivienda de protección oficial, que el señor Díaz Franco adquirió mediante contrato de amortización suscrito con la Obra Sindical del Hogar con fecha 1 de julio de 1963, con pagos mensuales a cargo del comprador hasta el 1.º de octubre de 1979, en el que quedó totalmente amortizado, otorgando el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda escritura de compraventa el 26 de octubre de 1982. 8) El piso de la calle Lorenzo de Sepúlveda sirvió de hogar a los dos matrimonios y al fallecimiento del señor Díaz Franco, doña Luisa Rueda Lérída lo arrendó, percibiendo las rentas en su exclusivo beneficio. 9) En ambas escrituras públicas de 26 de octubre de 1982 y 24 de febrero de 1983 adquiere don Joaquín Díaz Franco, casado con doña Luisa Rueda Lérída. 10) El Juzgado de Primera Instancia declaró que ambos inmuebles eran bienes gananciales del segundo matrimonio. 11) La Audiencia, por el contrario, que tenían tal carácter pero correspondiendo al primero, es decir, al formado por el señor Díaz Franco y doña Luisa González Muñoz.

Recorre en casación doña M.^a Luisa Rueda Lérída.

Segundo. Cual declaró la Audiencia al inicio de sus fundamentos, la cuestión primordial se encontraba en determinar en cual de las sucesivas sociedades de gananciales habían de integrarse los dos inmuebles.

Tercero. El pacto de reserva de dominio tiene plena validez, según doctrina uniforme de esta Sala (SS. 16 febrero 1984, 8 marzo 1906, 30 noviembre 1915, 10 enero y 11 mayo 1989); en la compraventa, supone que el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio **convenido**, significa una derogación convencional del artículo 609 del Código Civil en relación con el artículo 1.461 y concordantes y aunque se entregue la cosa no se transmite la propiedad, viniendo a constituir,

como cualquier otra cláusula que se establezca con tal fin, una garantía para el cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, y verificado tal completo pago se produce *ipso iure* la transferencia dominical; no afecta, pues, a la perfección, pero sí a la consumación, sin que se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquella por el libre consentimiento, del derecho a exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma; todo ello quiere decir que el adquirente bajo condición suspensiva, titular de un derecho expectante, puede, antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones procedentes para conservar su derecho (art. 1.121) y una vez cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su contestación (art. 1.120), pues desde la perfección son queridos y el cumplimiento de la condición confirma el derecho que existía en estado latente o expectante desde la celebración del contrato, todo lo cual implica que la consolidación de los efectos se produce en quien era titular al momento de la perfección del contrato sometido a condición suspensiva, en el caso que nos ocupa la primera sociedad de gananciales, a la que no puede afectar en sentido negativo el cumplimiento de la condición, y tan es así que esta Sala, en la Sentencia ya citada de 19 de mayo de 1989, recogió, salvo, claro es, los supuestos de protección de la fe pública registral (art. 34 LH), que el vendedor, pendiente el pacto de reserva de dominio y mientras el comprador esté cumpliendo su obligación de pago aplazado, carece de poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de la cosa a tercero, por lo que se concedió a los compradores *pendente conditione* el ejercicio de tercería de dominio frente al vendedor y sus acreedores, pues así lo exigía la conservación de su derecho (art. 1.121), la equidad (art. 3.2), los principios generales de la contratación (*pacta sunt servanda*) y que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256).

Cuarto. La doctrina anteriormente expuesta obliga a desestimar los confusos motivos del recurso, ya que el primero de los admitidos denuncia inaplicación de los artículos 132 y 135 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (D. 2114/1968, 24 julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, 24 julio, y 3964/1964, 3 diciembre), en cuanto disponen, respectivamente que «por el contrato de acceso diferido a la propiedad de las viviendas de protección oficial se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado» y que «terminado el plazo señalado en el contrato y cumplidas las condiciones pactadas, se procederá al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, transmitiéndose el dominio de la vivienda al cesionario», siendo así que lo contemplado en tales preceptos es precisamente el *pactum reservati dominii*, ha interpretar en el sentido que ha quedado expuesto, al igual que la jurisprudencia establecedora de que hasta el pago íntegro del precio los compradores no son propietarios.

El segundo acusa inaplicación de los artículos 1.091, 1.255, 1.281 y aplicación indebida de los artículos 609 y 813, cuando es lo cierto que tales artículos propician la exégesis que se ha realizado anteriormente y solo cuando se lleve a cabo la partición, que ha de ejecutarse según el fallo de la sentencia recurrida, se sabrá si quedan o no afectadas las legítimas por los legados.

El tercero, en fin, porque considera aplicado indebidamente el artículo 1.356 del Código Civil e inaplicados los artículos 1.357, 1.354 y 1.358, olvidando que los inmuebles litigiosos se adquirieron por la primera sociedad de gananciales y, en consecuencia, a ella pertenecen, aunque la adquisición se realizase con pacto de reserva de dominio, sin perjuicio de que tal sociedad haya de abonar los créditos contra ella subsistentes por los desembolsos realizados para su adquisición, en la cuantía que se justifique por quienes los aleguen, dado que se cumple plenamente el supuesto normativo de adquisición del bien por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado y pago del primer desembolso con dinero ganancial, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo, para que el bien adquirido tenga carácter ganancial de la sociedad existente al tiempo de la adquisición, máxime cuando después se constituye y también concluye otra sociedad y no se da al caso de duda a que alude el artículo 1.407.

La afirmación en el actor de la vista de que lo que hubo fue un arrendamiento con opción de compra, constituye una cuestión nueva que, por prohibida en casación, ni siquiera puede ser tratada.

Por último, cabe hacer una aclaración que en nada varía lo que se viene exponiendo: hasta la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo, para nada hablaba el Código de legado de cosa ganancial, contemplado hoy en el artículo 1.380, al que ha de dársele el valor de disposición interpretativa y, por ende, el apartado segundo del fallo de la sentencia recurrida ha de entenderse en el sentido de que cuando se practique la partición judicial de los bienes de la herencia de don Ignacio Díaz Franco (apartado 6.º), sólo se reducirán los límites de los legados si atacan la intangibilidad de las legítimas, único momento en que puede saberse.

PATRIA POTESTAD. DERECHO DE GUARDA Y CUSTODIA. ARTICULO 92 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1994.)

Las medidas en orden al cuidado y educación de los hijos menores han de adoptarse en su beneficio.

Las normas sobre la patria potestad revisten naturaleza de orden público.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre de la menor, conforme a los siguientes fundamentos:

En el primer fundamento de la Audiencia se dice: «Es de tener en cuenta a los efectos de la decisión que se adopte en orden a cuál de los progenitores ha de ostentar la guarda y custodia de la hija nacida fuera del matrimonio el 2 de agosto de 1983: 1) Que aproximadamente a los diez meses del alumbramiento, doña Rosa Tomás Rodríguez sufrió un accidente vascular con hemiplejía izquierda por la que estuvo ingresada cerca de tres meses, durante los cuales el padre se ocupó y cuidó de la menor, produciéndose a raíz de aquel accidente la ruptura entre ambos, y el ejercicio de hecho de la guarda y custodia por don Isidro de Casso Ríos desde entonces hasta la actualidad. 2) El 15 de mayo de 1986 ambos litigantes firmaron un convenio formalizado ante Notario en el que acordaron que la hija Laura-Victoria quedara bajo la guarda y custodia del padre estipulando en favor de la madre un régimen de visitas consistente en fines de semanas alternos desde las 10 horas del sábado hasta

las 20 horas del domingo, una semana en Navidad y en verano los primeros 15 días de julio. 3) No obstante el régimen de comunicación pactado resultó obstaculizado constantemente por el padre habiéndose ejecutado en esporádicas ocasiones. 4) En las actuaciones y concretamente en la exploración practicada queda evidente reflejo de las dificultades que presenta la relación afectiva de la hija con su madre, a la que ni siquiera identifica como tal, "que ella no es su mamá, que su madre es Isabel que es la que vive con ella", "que no se quiere ir con ella porque es mala, según le han dicho su padre y su abuela", hasta el punto de llegar a negarse rotundamente a salir con su madre». Según consta en el fallo recurrido, en relación con el fundamento segundo, también recogido de modo literal en los antecedentes, la Sala de instancia estableció un régimen de aproximación y comunicación progresivo y vigilado o seguido por un psicólogo, con obligación de informar cada tres meses.

4. El primer motivo del recurso discurre por el cauce del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que, según el recurrente, demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; a dichos efectos cita los poderes de las partes en el pleito, un informe de la Guardia Urbana de Hospitalet de Llobregat, certificado de Estadística emitido por el Excelentísimo Ayuntamiento de la propia ciudad, otro relativo a la distancia a que se encuentran los colegios en que recibió clase la niña y certificaciones de dichos colegios (Guardería Garabatos y C. P. Pau Sans); de todos ellos pretende —combatiendo la afirmación de que las comunicaciones entre madre e hija fueron obstaculizadas por el padre— obtener las conclusiones siguientes: que desde 1 de abril de 1986 el padre y la hija vivieron en el mismo domicilio, a diferencia de la madre que cambió tres veces el suyo, estando la guardería en la casa contigua del padre y el colegio a doscientos y pico de metros, a pesar de lo cual la madre ni se acercó en momento alguno por los centros de enseñanza ni por la casa para ver o recoger a la niña e interesarse por ella.

El motivo tiene que desestimarse porque, sobre carecer los documentos de la necesaria literosuficiencia para destruir la afirmación de la Audiencia, se pretende una nueva valoración de la prueba, prescindiendo de que la obtenida por el órgano jurisdiccional, en utilización de facultades que le son propias, se consiguió mediante una apreciación conjunta de la misma, resultando la posición obstruccionista del padre y de la abuela de la niña de la propia exploración de esta, no siendo la casación una tercera instancia que permita una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de apelación, soberano al efecto y cuyo criterio, por independiente, frente al interesado de las partes, ha de prevalecer, a menos que su apreciación resulta ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las normas, no codificadas, de la sana crítica, nada de lo cual puede predicarse en el caso que nos ocupa.

3. El motivo segundo, ahora al amparo del número 5 del propio precepto procesal citado en el anterior, acusa infracción del artículo 161 del Código Civil, en relación con el 94 del mismo texto legal, que aconsejan, según el recurrente, limitar o suspender el derecho de la madre a visitar y comunicarse con su hija, cuyo rechazo hacia ella es absoluto y quedó reflejado en la exploración practicada, por lo que ha de tenerse en cuenta que las medidas en orden al cuidado y educación de los hijos menores han de adoptarse en su beneficio, como se desprende del párrafo segundo del artículo 92, subordinándose a su propio interés, por lo que el recurrente vuelve a examinar la prueba

en el mismo motivo, señalando que, según los informes: cada cambio de domicilio de la madre convivía con una nueva persona; que en una ocasión agredió a su propia madre con una muleta, que cuando iba a ser operada encomendó a su hijo habido con un tercero al propio recurrente «por no poderlo dejar bajo la tutela de mi madre y familia por no ser personas física y moralmente para custodiarlo»; que a pesar de haberse establecido el divorcio en España y llevar muchos años separada de su marido no se ha casado con la persona con quien convive desde hace años.

El motivo vuelve a olvidar que no puede realizarse en casación una nueva valoración de la prueba, dado que la naturaleza de tan extraordinario recurso no posibilita configurarlo como una tercera instancia, sino como un mero remedio procesal encaminado a determinar si establecidos unos hechos que han quedado incólumes, es o no adecuada la solución jurídica a que llegó el órgano jurisdiccional de instancia (Sentencias de 26 marzo, 9 y 10 de abril, 30 de mayo, 12 y 14 de noviembre y 26 diciembre 1990; 3 y 31 de enero, 22 de abril, 16 de mayo, 11 de julio y 3 de octubre de 1991), por lo que no es dable en un solo motivo mezclar cuestiones de hecho y de derecho (Sentencia de 26 octubre de 1990), ya que, a pesar de la flexibilización que ha experimentado la casación con la reforma introducida por Ley 34/1984, de 6 de agosto, no es posible mezclar motivos de distinta naturaleza en un solo apartado, especialmente cuando en el que se estudia no contiene alusiones concretas al tema del error y se formula con la mención explícita del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 15 abril de 1988). Por otra parte, es cierto que la patria potestad y el derecho de relacionarse con los hijos por parte de quien no tiene su custodia se establece en beneficio de los propios menores (función tuitiva), estando el arbitrio de las partes controlado por el Juzgador, que puede fijar discrecionalmente en poder de quien han de quedar los hijos, dándosele para ello y para fijar el régimen de comunicación, visitas y convivencia amplias facultades discrecionales para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor, lo que suele hacerse sin carácter definitivo, de manera eventual, precisamente para poder modificarlas según las circunstancias y el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones, que es lo realizado por la Audiencia en el supuesto que nos ocupa, al exigir el control e informe de un psicólogo cada tres meses («informará cada tres meses de la evolución e incidencias que tenga en la menor»), implantando un sistema progresivo de aproximación entre madre e hija, quien, en principio, sólo puede obtener beneficios en su formación con el contacto con ambos progenitores, indudablemente más fructífero que el existente con una extraña —a la que confunde con la madre natural— o con la abuela; pero precisamente por no tener estas medidas carácter definitivo, ya se señaló desde antiguo su no acceso a la casación (Auto de 6 de marzo de 1920; Sentencias de 14 de diciembre de 1931 y 27 de octubre de 1961) y así se recoge en la reciente Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1989 que, después de señalar la exigencia de las orientaciones doctrinales y legislativas modernas, en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, de atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad, señala que la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta, exigía conceder al Juez una facultad discrecional, sin que contra lo resuelto por los Tribunales de apelación quepa la casación, a menos que se haga patente el error de hecho o de derecho cometido, tesis perfectamente viable en la actualidad —sigue diciendo— después de la modificación llevada a cabo en los

artículos 92 y 159 del Código Civil, lo que es igualmente predicable de los artículos 94 y 161 que se citan en el motivo que nos ocupa, todo lo cual lo hace decaer, al haber resuelto la Audiencia sin error alguno, con lógica y buen criterio ponderando todas las circunstancias del caso.

4. El último motivo, también al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera infringido el artículo 1.º del Código Civil, en cuanto considera fuente del ordenamiento jurídico los Principios Generales del Derecho, «los cuales al ser recogidos por la jurisprudencia, si ésta no es aplicada al litigio puede ser motivo del recurso de casación», refiriéndose en el caso que nos ocupa al principio *rebus sic stantibus* y al convenio que ante Notario suscribieron los litigantes en 15 de mayo de 1986, que atribuyó la guarda y custodia al recurrente, regulando el régimen de visitas y comunicación con la madre, momento en el cual la situación familiar y económica de ésta era idéntica a la actual.

El motivo ha de perecer, pues prescinde de que la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la Ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del Juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia, a los que en modo alguno puede aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus* o las de la presuposición y base del negocio, referentes a las convenciones puramente económicas o patrimoniales, pero nunca a las relaciones paterno-filiales.

ALIMENTOS. INFORME PERICIAL: INNECESIDAD DE RATIFICACION. ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el declarado padre de la hija extramatrimonial y que en tal concepto viene obligado a prestarla alimentos, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. En el procedimiento declarativo de menor cuantía promovido por doña Francisca G. F. contra don N. P. L., sobre reconocimiento de paternidad y prestación alimenticia, se formularon las siguientes alegaciones fácticas, expuestas en síntesis: 1) El 17 de mayo de 1971, doña F. G. F. dio a luz a una niña, siendo inscrita en el Registro Civil con su mismo nombre y apellidos y en la condición de «natural», ya que aquélla estaba y sigue soltera. 2) El nacimiento de la niña fue fruto de las relaciones mantenidas, durante unos tres años, con don N. P. L. 3) El señor P. cuando conoció el estado de gestación de doña F., la dejó en el más completo abandono, sin que en ningún momento se haya preocupado de la hija, ni contribuido a su manutención, y 4) La señora G. no ha entablado hasta ahora acción judicial, debido a que el señor P. estaba casado y no quería provocar ningún escándalo, pero habiendo tenido conocimiento que su esposa falleció hacía unos meses, realizó gestiones

amistosas para que reconociese a la hija, sin resultado positivo. Las pretensiones de la actora fueron objeto de estimación en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Inca, de 20 de junio de 1989, al declararse que don N. P. L. era el padre de la menor Francisca G. F., estando aquél obligado a prestarle alimentos en la forma y cuantía a determinar en ejecución de sentencia, siendo confirmada por la dictada, en 21 de junio de 1990, por la Sección Tercera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por el señor P., a través de dos motivos amparados, de modo respectivo, en los ordinales 3.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo. En el primer motivo del recurso, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, se denuncia la infracción de los artículos 627 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 340 de la misma, por cuanto establecen que los peritos, en caso de emitir un informe por escrito, deberán ratificarle, mediante juramento y en presencia del Juez y de las partes, posibilitando a éstas a intervenir, interrogando a los peritos en todas aquellas cuestiones en que pudieran plantearse dudas, cuyo acto de ratificación no se celebró en su momento, alterando el procedimiento estipulado y negando a las partes su derecho a intervención. Se argumenta, también, que la razón de no denunciarse en su momento el aludido vicio procesal, fue debido, únicamente, a que el recurrente se encontraba desamparado al cesar en su actividad el Procurador que le representaba, por lo cual, al emitirse sentencia se encontraba declarado en rebeldía, y si resulta que no es admisible la reclamación de nulidad de la actuación judicial, se estaría en presencia de una situación de total indefensión, sin que el defecto haya podido ser alegado en ningún momento, con la consecuente vulneración del artículo 24 de la Constitución; y el trámite previsto por el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que obedeció la providencia de 10 de abril de 1989, dictada por el Juzgado, supone un acto diferente al denunciado como defectuoso, puesto que aquel trámite es un paso posterior al que se ha vulnerado, mientras que el especificado en el artículo 340, consistente en dar audiencia a las partes en las diligencias para mejor proveer es específico para éstas y de obligado cumplimiento, manifestándose en la Sentencia de 9 de abril de 1985 que tras la reforma de 1984, resulta inexcusable la falta de audiencia a las pruebas realizadas para mejor proveer.

Tercero. Atendiendo al desarrollo argumental del motivo, resulta evidente que el denunciado quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, consistió, en definitiva, en que en la prueba pericial médica acordada para mejor proveer, el perito no ratificó a presencia judicial el informe presentado por escrito y, consecuentemente, las partes carecieron de la posibilidad de solicitar de aquel las explicaciones que estimasen oportunas, sobre cuyo particular, el criterio establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es limitar al máximo las posibles declaraciones de nulidad, de los actos judiciales, como acertadamente razonó el Tribunal *a quo*, en cuanto que sus artículos 238.3.º y 240.1 vienen a exigir ausencia total y absoluta de las normas esenciales procedimentales y de los requisitos indispensables en punto a que los actos procesales alcancen su fin, precisándose, en cualquier caso, la realidad de una efectiva indefensión, circunstancia que también requiere el inciso final del ordinal 3.º del artículo 1.692. En tal orden de cosas, es indudable que la omisión de la ratificación del perito en la forma prevenida en los citados artículos 627 y 628, no impidió al informe suscrito alcanzar el fin que le era propio, o, sea, ilustrar al Juzgador sobre los extremos objeto de la

pericia, especialmente, cuando el emitido en el caso concreto de autos era tan claro en su contenido y categórico en sus conclusiones, que no precisaba de explicaciones complementarias; y, por otro lado, y como así fue recogido en la Sentencia de 30 de enero de 1987, el hecho de haberse prescindido de las partes para la práctica de la prueba pericial, dando cumplimiento al artículo 340, no puede admitirse que implique infracción del artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que según tiene declarado el Tribunal Constitucional, «no puede estimarse como consecuencia necesaria del artículo 24, que la práctica de las diligencias para mejor proveer haya de realizarse, en los procesos gobernados por el principio dispositivo, con intervención de las partes, pues ello convertiría a tales diligencias en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba». Además, es de tener en cuenta que a las partes litigantes, entre ellas, el actual recurrente, por providencia de 10 de abril de 1989 se les concedió el término de tres días para presentar escrito acerca del alcance e importancia de las pruebas para mejor proveer, resolución que fue notificada en legal forma al siguiente día hábil, a los Procuradores señores Serra Llul y Gayá Barceló, sin que éste segundo, que lo era del señor P. L., presentara escrito alguno al respecto dentro del término indicado; por providencia bien posterior, de 19 de julio siguiente, se acordó requerir al referido litigante para que designase nuevo Procurador, en término improrrogable de cinco días, por haber tenido conocimiento el Juzgado del cese en el ejercicio profesional del suyo, el señor Gayá Barceló, y aunque el requerimiento se entendió con una vecina del interesado, doña A. F., el mismo no se personó con nuevo Procurador, verificándose así una vez que la sentencia del Juzgado le fue notificada, diligencia que se entendió, precisamente, con la vecina indicada, y de aquí, que proceda entender que aquel requerimiento debió llegar a conocimiento del actual recurrente señor P., con lo cual, no es dable admitir, como acreditado, que se le hubiera originado indefensión y privado de la posibilidad de pedir la subsanación de la falta de referencia. Así pues, cuantas consideraciones han sido expuestas, llevan a concluir que no resultaron infringidos los preceptos expresados en el motivo, lo que determina, en definitiva, su claudicación.

F. C. L

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

CUESTION DE COMPETENCIA.—PARA CONOCER DE LA ACCION SOBRE RECLAMACION DEL PRECIO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS ES JUEZ COMPETENTE EL DEL LUGAR DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López.

Hechos.—Ejercitada acción de reclamación del precio de un contrato de arrendamiento de servicios, solicitados por la demandada, Viajes Niram, S. A., domiciliada en Valladolid, y prestados por Interámericas Viajes, S. A.,