

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PODER Y REPRESENTACION.—ABUSO EN SU EJERCICIO.—FACULTAD DE DISPOSICION.—Artículo 1.261 del Código Civil (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1986).

Vendida una finca en documento privado al actor y apelado, solemnizada luego la compraventa en escritura pública, al ir a registrarla se encuentra el comprador con la desagradable sorpresa de que una tercera persona, como apoderado del vendedor —quien había otorgado el poder en ejecución de un convenio de permuta de terreno por pisos a construir—, había vendido seiscientos metros cuadrados de dicha finca, modificada su descripción, al demandado y apelante, en escritura de fecha posterior a la de compra, pero que el transmitente —quien, al parecer, debía conocer la primera venta— se apresuró a registrar. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que confirmó la del Juzgado número 1 de Primera Instancia de Elche, haciendo suyos los razonamientos del Tribunal de Instancia, consistentes en que la escritura de compra otorgada por el recurrente fue llevada a cabo con unos poderes otorgados para otros fines, aunque amparasen al apoderado, a sus espaldas y sin su consentimiento —del poderdante—, con el efecto de que se carecía del oportuno «deber» (*sic*) —debió querer decir «poder»— de disposición sobre el bien a que se refería, con la consecuencia de nulidad por aplicación del artículo 1.261 del Código Civil. Y más adelante insiste nuestro Alto Tribunal que tal compraventa se halla carente de eficacia jurídica al reconocerse por el órgano judicial otorgada sin consentimiento con el efecto de ausencia de facultades de disposición, por el que a nombre de su titular domínical realizó la disposición sobre el bien a que se refería, lo que induda-

blemente determina la situación de nulidad que emana del artículo 1.261 del Código Civil.

COMENTARIO.—Aborda esta sentencia la interesante cuestión de la extralimitación o exceso de ejercicio por el apoderado de sus facultades, que en el presente caso bien puede entrañar un verdadero *abuso* en el ejercicio del poder conferido, por cuanto el mismo había sido otorgado con una finalidad muy concreta, la de servir de cobertura al negocio jurídico consistente en la permuta del terreno por pisos a construir, el cual no había sido siquiera comenzado a cumplir por el constructor, desde tiempo atrás.

Y, en cierto modo, es curioso que resuelva la cuestión desde el punto de vista de la falta de consentimiento (art. 1.261, 1.º, del Código Civil), pues efectivamente el apoderado consintió plenamente y con perfecto conocimiento, por lo que parece incluso más correcto invocar la falta de causa del contrato, en cuanto la determinante del poder y, por tanto, de la celebración de una compraventa fue la permuta, a la que desde luego no se daba cumplimiento —como tampoco a la construcción de los pisos— con la compraventa declarada nula. Y el tema roza también el negocio jurídico fiduciario, pues es de suponer —aunque no se dice en la sentencia— que el poder sería posiblemente un poder muy amplio referido al terreno en cuestión, precisamente para posibilitar la construcción, declaración de obra nueva, parcelación en propiedad horizontal, etc., y no sólo específico para vender. Existe, efectivamente, la distinción entre el posible efecto real —transmisión de propiedad incluso— y el obligatorio —el apoderado se obliga a actuar dentro de lo convenido con el poderdante. A ello parece querer aludir la sentencia cuando hace entrar en juego la falta de disposición por el apoderado sobre el bien en cuestión. Esta facultad o poder de disposición —aludido en el artículo 1.160 del Código Civil— es un concepto que no ha sido completamente perfilado por la doctrina. Parece que no forma parte del contenido del derecho, sino que es algo externo al mismo, que implica una determinada relación con el objeto sobre el que recae el derecho y que, desde luego, no puede confundirse con la capacidad de obrar. Algunos explican por la falta de poder de disposición casos tan dispares como los derivados de una limitación o prohibición legal (v. gr.: mercancías sujetas a control, terrenos de interés nacional) y los derivados de la voluntad unilateral (v. gr.: sustitución fideicomisaria) o bilateral. Pueden verse, al respecto, los trabajos de AZURZA, en *RGLJ*, diciembre 1948 («La capacidad y el poder de disposición») y de VILLAVICENCIO («La facultad de disposición», *ADC*, 1950, III-4).

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS. FACULTADES DEL CONSTRUCTOR PARA COMPLETAR Y RECTIFICAR LA DESCRIPCION DE LAS FINCAS QUE CONSERVE DE SU PROPIEDAD SIN PRECISAR AUTORIZACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casa-

ción interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, revocatoria en parte de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, declarando que «si bien las normas reguladoras de la propiedad horizontal tienen un general carácter de *ius cogens*, no obstante la libertad de contratación que reconoce el artículo 1.255 del Código Civil y la obligatoriedad de los pactos, con todas las consecuencias que de ellos se deriven según su naturaleza y sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, tienen plena aplicación a esta esfera jurídica. Y este efecto puede predicarse para las cláusulas de la escritura de obra nueva y división horizontal, puesto que las facultades que en ellas se conceden a los propietarios de locales, garajes y trasteros para agruparlos material y jurídicamente y las facultades del constructor para completar y rectificar la descripción de las fincas que conserve de su propiedad, sin necesitar para ello la autorización de la junta, no quebrantan normas imperativas de la Ley de Propiedad Horizontal y, por tanto, han de considerarse válidas y eficaces en Derecho». Y añade que «las cuestiones relativas a la extensión objetiva de la propiedad horizontal, como afectantes al dominio de bienes inmuebles, han de ser de interpretación restrictiva, requiriéndose prueba suficiente de la pertenencia, ya a la comunidad de propietarios, ya a cualquiera de éstos en singular, de los elementos, usos o servicios que integran esta forma de propiedad».

F. C. L.

RETRACTO GENTILICIO EN NAVARRA.—PRECIO DE LA FINCA RETRAIDA.—Ley 449 (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1986).

Fijado el precio de la finca, en escritura de compraventa otorgada el 31 de marzo de 1981, en cuatro millones de pesetas, y rectificado el mismo en escritura otorgada un mes más tarde, el 30 de abril siguiente, señalando el de nueve millones de pesetas, corroborado por talones bancarios cobrados por el vendedor, tanto el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona como la Sala de lo Civil de la Audiencia y el Tribunal Supremo dan por bueno el precio de nueve millones declarado en la escritura de rectificación y desestiman las pretensiones de la parte retrayente, actora, apelante y recurrente.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTO COMUN.—DESAFECCION.—ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1986).

Pedida por unos copropietarios la declaración como elemento común del inmueble de un piso que había sido vivienda del portero y desafectado de tal carácter por acuerdo de la junta de propietarios anterior en siete años a la demanda y, por tanto, la nulidad de dicha venta, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que confirmó la del Juzgado de Pri-

mera Instancia núm. 2 de dicha capital, manteniendo, en síntesis, que la unanimidad en los acuerdos de la comunidad puede ser expresa o tácita, derivada esta última del conocimiento de los hechos y de la falta de oposición durante cierto tiempo, además de invocar en apoyo de su decisión la doctrina de actos propios, como resulta de las siguientes consideraciones:

a) La junta de copropietarios celebrada el día veintiséis de abril de mil novecientos setenta y tres, reunida con la asistencia de once de los doce propietarios, por sí o debidamente representados, acordó la desafectación y ulterior venta por determinado precio del expresado piso sexto izquierda, destinado en principio a vivienda del portero. b) De los asistentes a dicha junta varios de ellos han vendido sus pisos a los actuales recurrentes, otro asistió como usufructuario del piso correspondiente y algún otro asistió como representante verbal del titular de la vivienda o local. En el supuesto de otro de los pisos asistió la esposa y no el esposo, en piso propiedad de ambos. c) En cualquiera de esos supuestos los acuerdos no fueron impugnados por los representantes, ni en su caso por el nudo propietario. d) En cuanto a la copropietaria no asistente ni citada para la junta en cuestión, doña S. J., consta que se informó de las obras que en el piso sexto izquierda hizo el comprador, obras que duraron bastante tiempo, y a las que no se opuso en ningún momento dicha señora J., ni participó como demandante en la demanda origen de esta litis, presentada el día doce de junio de mil novecientos ochenta, es decir, más de siete años después de tomar el acuerdo de venta del referido piso sexto izquierda. e) La acción de nulidad del acuerdo que, en su caso, correspondería a dicha señora J. es ejercitada en la demanda por otras personas que no son causahabientes de la misma. f) La venta del mencionado piso sexto izquierda consta que ha causado indudable beneficio a la comunidad, por las mejoras hechas a costa del dinero recibido a cuenta de la compraventa hecha a favor del demandado y recurrido señor P., por importe superior al mínimo fijado al autorizar la venta, lo que estima la Sala de instancia como una clara y concluyente ratificación de lo decidido en la mentada junta de veintiséis de abril de mil novecientos setenta y tres.

Frente a la resultancia fáctica expuesta, el primero de los motivos del recurso, al amparo, como todos los demás, del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antigua redacción, alega la infracción por violación del artículo dieciséis, norma primera, de la Ley de Propiedad Horizontal de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, que exige la unanimidad para adoptar acuerdos que afecten al artículo constitutivo de la propiedad, y en el caso concreto no concurrieron más que once de los doce que componían la totalidad de los propietarios. Mas es de oponer a lo alegado en este motivo que los once concurrentes asistieron debidamente en cuanto, como hacen observar ambas sentencias de instancia, no hubo oposición alguna de aquellos que pudieran haber sido irregularmente representados, sino que consintieron tácitamente la representación operada: supuestos del usufructuario asistente, cuyo nudo propietario no negó la representación expresa que la norma invocada exige, ni se opuso; supuesto de la esposa que compareció por sí y en nombre de su esposo, y supuesto de los representados verbalmente, forma no prohibida por la Ley, máxime cuando no consta oposi-

ción de los interesados ni se probó la misma, ni formularon demanda contra la venta operada a virtud del acuerdo controvertido. Lo mismo puede decirse de la única propietaria no citada para la junta y que no asistió a ella, la cual en forma alguna manifestó su voluntad en contrario, no obstante haberse informado suficientemente de las obras operadas en el piso vendido, a las que expresamente asintió. Por todo ello no cabe negar la conclusión de existencia de unanimidad de los copropietarios para el acuerdo impugnado, tal como exige la regla primera del artículo dieciséis de la Ley de Propiedad Horizontal e impone para los actuales recurrentes el artículo mil doscientos cincuenta y siete, párrafo primero, del Código Civil, como causahabientes de los originarios propietarios que les transmitieron los pisos.

La obligatoriedad de lo acordado en la junta tantas veces referida de veintiséis de abril de mil novecientos setenta y tres para los propietarios no asistentes, sino representados de distinta forma, queda corroborada por la regla de general aceptación de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos que han producido efectos jurídicos para otras personas, con base en la cual este Tribunal Supremo ha tenido en cuenta repetidamente el consentimiento tácito (Sentencias, entre otras, de catorce y veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y cinco y diez de junio de mil novecientos sesenta y seis). El transcurso efectivamente de más de cuatro años desde la adopción del acuerdo hasta la impugnación judicial del mismo ha determinado el hecho concluyente de asentir a aquél y ha dado a entender la existencia de una determinada voluntad, incompatible con toda otra contraria, al tratarse de una conducta ininterrumpida y unívoca, en el sentido de que no se presta a ser interpretada diversamente de una aceptación del repetido acuerdo, sin protesta ni reserva alguna durante tan largo lapso de tiempo. Como ha declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de diez de octubre de mil novecientos sesenta y tres y ocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro), la declaración de voluntad generadora del negocio jurídico no es necesario que sea explícita y directa, pero es imprescindible que la tácita se derive de actos inequívocos que la revelen sin que quepa atribuirle otro significado, cuya valoración corresponde al arbitrio de los Tribunales, según... las circunstancias que concurran en cada caso. Doctrina que conduce a la desestimación del segundo de los motivos, donde se alega la infracción por violación del apartado tres del artículo catorce de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que, abundando en lo dicho, el nudo propietario, como hace notar el Juez de Primera Instancia, jamás cuestionó que el usufructuario careciera de delegación expresa para los acuerdos de que se trata.

F. C. L.

URBANIZACION.—COMUNIDAD (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1986).

La situación de comunidad derivada de la urbanización o construcción de viviendas unifamiliares o chalets se acepta que se trata de una copropiedad similar a la conocida como propiedad horizontal, por la existencia de un derecho de propiedad singular sobre cada parcela y un derecho de copropiedad sobre un conjunto de elementos comunes y por la voluntad

manifiesta de las partes de aplicar el régimen de la propiedad horizontal, por lo cual, la defensa del conjunto, ante la tolerancia o simple pasividad de los órganos de la comunidad, puede mantenerse por cualquiera de los comuneros frente al infractor que ha originado las construcciones excesivas y plantaciones molestas.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS.—CARACTER (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1986).

La servidumbre de luces y vistas, consecuente de la apertura en pared propia de ventanas y balcones, tiene la consideración de negativa y aparente, y es para su adquisición por el «acto de destinación» del común propietario de los distintos terrenos o fundos o inmuebles actuales, cuando no se hace constar lo contrario en forma expresa o inequívoca por aquél por actos reales (cierre de los huecos) o constancia documental al enajenar o dividir lo que era unidad patrimonial en el acervo del común propietario, haciendo previamente al acto de división o enajenación una manifestación ostensible de desaparecer todo signo o vestigio que refleje el aprovechamiento de un fundo sobre otro.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

EL CONSENTIMIENTO UXORIO DEL ANTIGUO ARTICULO 1.413 PUEDE PRESTARSE TACITAMENTE (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que el consentimiento uxorio del antiguo artículo 1.413, por lo mismo que no tenía prescrita una forma determinada, podía ser expreso o tácito y prestarse antes de ser celebrado el negocio, simultáneamente a su otorgamiento o con posterioridad al mismo, como también podía ser inferido de las circunstancias (Sentencia de 8 de noviembre de 1983); siendo asimismo pacífico que el plus de voluntad marital complementario del acto dispositivo normalmente realizado por quien tenía a su cargo la administración de la sociedad de gananciales, al faltar provocaba no la nulidad radical o plena, sino el efecto más débil de la simple anulabilidad, según acción que competía a la mujer y a sus herederos y no al marido; así y todo, esa jurisprudencia afirmaba que la apreciación de la existencia del consentimiento de la mujer es un elemento de hecho sometido a la exclusiva soberanía de los Tribunales de instancia y no revisable en casación más que por la vía del error (Sentencia de 7 de diciembre de 1984).

J. Q. S.

LA INSCRIPCION NO PROTEGE AL ADQUIRENTE QUE CARECE DE BUENA FE (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico decidido libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen; la anterior doctrina no es en realidad contradictoria, sino que denota que, por un lado, se ha de partir de los hechos acreditados y, por otro, que su apreciación integra una valoración jurídica, en cuanto la buena fe en sí no es un hecho, sino una de las llamadas en el proceso «máximas de experiencia», cuya apreciación compete a esta Sala de casación.

El principio de buena fe, recogido para el ejercicio de los derechos subjetivos en general por el artículo 7, 1.º, del Código Civil, y para las relaciones obligatorias en particular por el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal, es informador de todo el ordenamiento jurídico, que impone rechazar las interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a la buena fe; lo que tiene lugar, entre otros supuestos, cuando el poder en que el Derecho subjetivo consiste se utiliza con una finalidad económico-social distinta para la cual ha sido atribuida a su titular por el ordenamiento jurídico, o se ejercita en circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico; por ello, el comprador recurrido no puede ampararse en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque no procedió de buena fe, entendida en el sentido de desconocer el adquirente la existencia de una posible inexactitud registral y extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente; todo lo que evidencia que al faltarle la buena fe no puede ser protegido por la inscripción registral.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: HAY QUE ACREDITAR EL COMPORTAMIENTO CULPOSO (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Al prevenir el artículo 1.902 del Código Civil que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», claramente está poniendo de manifiesto que para exigir responsabilidad con su base, se requiere no sólo acreditar la existencia de un resultado dañoso, sino también la existencia de un comportamiento culposo o negligente por parte del que actúa, generante de relación de causa a efecto, atribuible a quien la indemnización es reclamada, y cuya situación de comportamiento culposo o negligente se precisa evidenciar sin duda alguna, y no por meros «pareceres», que, como de tal índole, son únicamente posibilidades, hipótesis, opiniones o criterios meramente subjetivos, y que como de esa naturaleza, no es suficiente para generar la responsabilidad por culpa extracontractual o «aquiliana», que sanciona el invocado artículo 1.902, toda

vez que la existencia de un siniestro no quiere decir, por sí solo, que responde a un actuar de culpa o negligencia de la persona a quien se pretenda responsabilizar.

J. Q. S.

EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA ES EL BASICO DE NUESTRO ORDENAMIENTO (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala viene proclamando reiteradamente que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, de tal suerte que se exige por modo general y como requisito de ineludible concurrencia, el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpablemente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad conforme al artículo invocado, en relación con el 1.903; pero no es menos cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha creado diversos paliativos, cuales son el acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de «agotar la diligencia»; más destacadamente aún, la responsabilidad por riesgo, de especial relevancia en la circulación de vehículos de motor; es doctrina constante de esta Sala que en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el actor de la acción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo y que la culpa del perjudicado se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve como para abonar a otra culpa concurrente, pues en otro caso sólo puede apreciarse cierta compensación (de la responsabilidad mejor que de la culpa).

J. Q. S.

LOS ARRENDATARIOS EXTRANJEROS TIENEN DERECHO A PRORROGA FORZOSA SI EN SUS PAISES EXISTE EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Lo discutido fue la aplicación del beneficio de la prórroga forzosa del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en un contrato en que el arrendatario es extranjero, para lo que no es suficiente la normativa genérica del artículo 27 del Código Civil, que atribuye a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los españoles, porque añade «salvo lo dispuesto en las Leyes especiales», como en este caso es la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 7 concede a los extranjeros los beneficios en ella establecidos, «siempre que prueben la existencia del *principio de reciprocidad* en los países respectivos; reciprocidad que puede ser diplomática (si existe tratado, convenio o simple canje de notas) o legislativa si legalmente se establece la igualdad sin

discriminación entre nacionales y extranjeros, bien en Leyes de carácter general o bien en la Ley especial caso de existir, cuya prueba corresponde al arrendatario que alega la reciprocidad, para lo que es válido cualquier medio admisible en Derecho, entre los que se han utilizado a veces la certificación del Embajador o Cónsul españoles en el país de que se trate.

J. Q. S.

PRESCRIPCION EXTINTIVA: BASTA LA CIRCUNSTANCIA OBJETIVA DEL TRANSCURSO DEL LAPSO (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin desconocer, como ha precisado esta Sala, que la prescripción extintiva no descansa en la justicia intrínseca, lo que impide aplicarla con criterios técnicamente desmedidos, tampoco puede prescindirse de los efectos que lleva aparejada la inactividad del titular con el consiguiente «silencio de la relación jurídica» durante el tiempo legalmente previsto al respecto, en aras de la seguridad y certidumbre en el campo del Derecho para todo tipo de situaciones, al margen de la presunción de «abandono» o de la «pereza» de que habla algún texto del Derecho histórico (Ley 22, Título 29, Partida Tercera), pues basta la circunstancia objetiva del transcurso del lapso señalado por la norma para el ejercicio del derecho o de la acción sin que éste se hubiere realizado.

J. Q. S.

EL ACTO DE CONCILIACION INTERRUMPE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DE ACCIONES (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala que el acto de conciliación, incluso a través de la mera presentación de la papeleta de demanda, interrumpe por sí solo la prescripción extintiva de acciones sin necesidad de que dentro de los dos meses siguientes se interponga la demanda, como exigía el antiguo artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello porque: a) el acto de conciliación no puede ser de inferior condición que las simples reclamaciones extrajudiciales, las que, según el artículo 1.973 del Código Civil, interrumpen la prescripción; b) el plazo de dos meses, dentro del cual ha de presentarse la demanda para que se produzca aquel efecto interruptivo, sólo es aplicable a la prescripción adquisitiva o usucapión, y no al supuesto de prescripción de acciones personales.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE INOCENCIA (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Alegándose por los recurrentes que el fallo de instancia infringe el principio de presunción de inocencia que contiene el artículo 24 de la Constitución, y este motivo debe decaer en razón a los

siguientes fundamentos: Primero: Que aunque esta Sala tiene declarado reiteradamente que son directamente aplicables al proceso civil las normas constitucionales, no podemos olvidar que no nos encontramos en el caso de autos ante un supuesto sometido al campo del Derecho penal, en el que la realización por una persona física de un acto antijurídico y típico, operado de modo culpable, desencadena la imposición de una pena, y en el que los principios de presunción de inocencia o *in dubio pro reo* exigen que se halle indubitadamente acreditada la comisión del hecho delictivo, ya que, en otro caso, la presunción de inocencia del imputado acarrearía su inevitable absolución, ni tampoco en un supuesto de Derecho sancionador, respecto del cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado que son de aplicar los principios que rigen en el ámbito del Derecho penal, ni aun tampoco, finalmente, en el campo de un proceso delimitativo de derechos, supuestos éstos en los que el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicabilidad del principio del Derecho a la presunción de inocencia, sino ante un caso de responsabilidad civil extracontractual, en el que la causación de un daño en la persona o bienes de alguien, en virtud de un acto negligente de un tercero, origina la inversión del principio de la carga de la prueba; y si es verdad que el que reclama debe acreditar cumplidamente la causación del daño mediante un acto del demandado, también lo es que tal demostración puede llevarse a cabo a través de cualquiera de los medios que la Ley procesal civil establece, entre los cuales figura la de las presunciones. Segundo: Tiene también declarado el Tribunal Constitucional que la presunción de inocencia es una mera presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por cualquier medio de prueba.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: SOLIDARIDAD CUANDO HAY PLURALIDAD DE AGENTES (SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (Sentencias de 3 de enero de 1979, 28 de mayo de 1982 y 14 de noviembre de 1984).

J. Q. S.

PARA EL EXITO DE LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1.504 HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL 1.124 (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala viene proclamando de forma constante y reiterada que los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones contiene el primero, hace aplicación de modo específico y concreto el segundo cuando se trata

de bienes inmuebles, lo que significa que el éxito de la acción resolutoria que contempla el artículo 1.504 exige la concurrencia de los requisitos que para el ejercicio de la del 1.124 consideró la jurisprudencia de esta Sala, entre ellos que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones por ella contractualmente asumidas, pues, según la doctrina jurisprudencial, no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones.

J. Q. S.

EL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL COMPRENDE LOS HECHOS NO LICITOS QUE IMPIDAN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La amplia expresión del artículo 1.101 del Código Civil, de declarar sujetos a indemnización a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de las obligaciones, comprende como origen de responsabilidad cualquier hecho no lícito que pueda, causando perjuicio, alterar el cumplimiento fiel, estricto y normal de las obligaciones, cualquier medio o forma de incumplimiento de éstas, por lo que en tal sentido, el relacionado artículo 1.101 del Código Civil, puesto en relación con el 1.098 del mismo Cuerpo legal sustantivo, suple el silencio de este ordenamiento jurídico, permitiendo invocarlos en todos los casos en que pueda haber ocasión de responsabilidad, generando en el módulo prescriptivo el plazo de quince años, toda vez que no es operante la prescripción de un año y sí la quincenal del artículo 1.964 del Código Civil, cuando la responsabilidad surge del incumplimiento de obligaciones asumidas.

J. Q. S.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO: NO ENTAN LAS OBLIGACIONES ACCESORIAS (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde en el comprador para dar lugar a la resolución de la venta no ha sido señalada de un modo exclusivo, sino que unas veces lo ha colocado como alternativa de la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento, y en otras lo decisivo, en todo caso, es que quede acreditada una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente; para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo del comportamiento de cada contratante las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueran elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad.

J. Q. S.

LA COMPENSACION JUDICIAL EXIGE MENOS REQUISITOS QUE LA LEGAL (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La llamada «compensación judicial», figura jurídica admitida por la generalidad de la doctrina científica y para la que no son de exigencia todos los requisitos que la normativa del Código Civil fija para que proceda la compensación legal, entre ellos que las dos deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, ya que este extremo puede deferirse en la concreción del montante de la deuda compensable a la decisión judicial; no alcanzándose por qué el derecho a compensar, cuando ha sido reconocida la realidad de su crédito, requiera para actuarse nuevos procedimientos judiciales, en los que ya se pueda aducir la operancia de la compensación legal, pues ello implicaría una aplicación desorbitada de los principios que en nuestro primer ordenamiento legal sustantivo informan los criterios con que han de ser interpretadas las normas jurídicas (art. 3, núm. 1, del Código Civil), de lo que resulta que el espíritu de la preceptiva contenida en el artículo 1.195 del Código Civil, según el que «tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra», no pugna con que el derecho a compensar un crédito judicialmente reconocido en su realidad pueda, haciéndose aplicación de la equidad, en la forma que autoriza el número 2 del artículo 3 de nuestro Código, y con apoyo precisamente en la finalidad de lo que el instituto de la compensación significa, actuarse en la ejecución de la sentencia en que el crédito compensable fue reconocido.

J. Q. S.

IMPUTACION DE PAGOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—La imputación de pagos no es otra cosa que la designación o el señalamiento de la deuda a la que se haya de aplicar la prestación verificada por el deudor, lo que exige la coexistencia previa de deudor y acreedor y de una pluralidad de deudas derivadas de las relaciones obligacionales mediante entre los mismos, ante cuya situación el artículo 1.172 del Código Civil faculta al deudor para designar o señalar a qué deuda de las preexistentes ha de imputarse el pago, lo que implica, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 11 de mayo de 1984, que tal señalamiento o designación entraña una declaración de voluntad recepticia, en principio correspondiente al deudor, sobre el destino de la prestación que realiza.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—LA EXCEPCION DE NO APLICARSE LA LEGISLACION ARRENDATICA A TIERRAS CUYO VALOR ES SUPERIOR AL DUPLO DEL PRECIO QUE NORMALMENTE CORRESPONDE A LAS DE SU CALIDAD Y CULTIVO, SE APLICA A LAS DEDICADAS EFECTIVAMENTE A LA AGRICULTURA Y NO, COMO PRETENDE EL RECUERRETE, A LAS QUE NO ESTAN CULTIVADAS (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1984).

Los arrendatarios de unas tierras y un caserío unido a ellas ejercitan la acción de retracto ante el Juzgado número 1 de San Sebastián, consignando el importe de la transmisión en el Juzgado, que estima la demanda, pero la Audiencia de Pamplona, en apelación, revoca la anterior.

No prospera el recurso de casación. Son rústicos los arrendamientos por los que una parte cede temporalmente a otra el disfrute de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos mediante el precio, con el fin de dedicarla a una explotación agrícola o ganadera, pero con la excepción de no incluir las tierras que por su proximidad a poblaciones, estaciones ferroviarias, carreteras, puertos o playas tengan un valor superior al duplo del precio que normalmente corresponde a las de su misma calidad y cultivo, excepción a la que deben atenerse los Tribunales sin que puedan limitarla ni ampliarla por otras disposiciones de rango reglamentario, tanto por imperativo constitucional (art. 9, 3, de la Constitución) como por disponerlo así el Código Civil (art. 1, 2), respondiendo al principio de jerarquía normativa, por lo que no procede el argumento del recurrente de que las tierras situadas fuera de las zonas o planes de ensanche de las poblaciones y próximas a éstas o a los lugares antes indicados sólo se excluyen de la normativa arrendaticia cuando de hecho no están dedicadas a usos agrícolas, quedando sometidas a ella las dedicadas a fines agrícolas, cualquiera que sea su valor, con lo que se da trato de rústicos a arrendamientos que, a tenor del texto legal, quedan excluidos, conclusión que concuerda con la vigente Ley de 31 de diciembre de 1980, aunque ésta no sea aplicable a la litis por el principio de irretroactividad, por lo que procede negar a la finca arrendada, sita en el ensanche de Irún, la cualidad de rústica, ya que el valor industrial de la finca era superior en un 8 por 100 al agrícola.

C. R. R.

RETRACTO.—EL RETRAYENTE NO TUVO CONOCIMIENTO DE LA VENTA HASTA EL MOMENTO DEL ACTO DE CONCILIACION, SIN QUE OBSTE EL QUE HUBIERA ABANDONADO PARCIALMENTE LA FINCA, YA QUE EL RETRACTO SE PUEDE LIMITAR A UNA PARTE DE LA FINCA ENAJENADA (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

El arrendatario de unas fincas rústicas y de una casa agrícola se enteró de la venta de las mismas al ser citado de conciliación por el adqui-

rente para que abandonase estas fincas, por ser un precarista. Entonces se le mostraron los títulos de adquisición de la casa y de las fincas por separado, con un precio de un millón de pesetas en total, por lo que promueve demanda de retracto ante el Juzgado número 2 de Vigo que la admite, así como la Audiencia, en apelación.

No triunfa el recurso de casación. No está claro que el retrayente tuviera conocimiento del precio de venta de las fincas y de su forma de pago hasta que, en el acto de conciliación, le fue mostrada la escritura de venta, pues sólo tenía noticia de que el retraído había adquirido todo el capital del primitivo arrendador y, por otra parte, su abandono de las fincas fue parcial, ya que sólo afectó a seis de las treinta arrendadas, lo cual pone de evidencia la inexistencia de los motivos en examen. Tampoco procede la accesoriedad de una casa de labranza, ya que dicho inmueble no ha sido objeto de retracto, pues cabe que el retracto se ejercite sobre parte de la finca arrendada y más cuando la parte retraída y la no retraída fueron objeto de distintas enajenaciones a diferentes personas. Al no probarse la fecha de conocimiento anterior de la transmisión por el retrayente, no se puede admitir que haya caducado la acción de retracto, ni tampoco se ha acreditado el abandono total de la finca ni la cesión o intento de cesión, al menos, de la finca retraída, que pretende el recurrente, sin haberlo probado.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SIENDO CULTIVADORES DIRECTOS Y PERSONALES LOS ARRENDATARIOS, NO SE LES PUEDE APLICAR LA PRORROGA FORZOSA DE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª DE LA LEY DE 1980, SIN QUE HUBIERA EXISTIDO, POR OTRA PARTE, EL PREAVISO DE AQUELLOS, LO QUE, EN CUALQUIER CASO, HUBIERA PROVOCADO LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1984).

Se presenta demanda de resolución de un arrendamiento ante el Juzgado de Morón de la Frontera, por haber transcurrido el plazo pactado, ya que los arrendatarios, como propietarios o arrendatarios de otras fincas, no reúnen la cualidad de cultivadores directos y personales. El Juzgado desestimó totalmente la demanda, pero la Audiencia revoca la anterior y admite el desahucio.

El recurso de casación no tiene éxito. No se puede aplicar la prórroga forzosa de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 31 de diciembre de 1980 y, además, se había extinguido el contrato por no existir el preaviso de los arrendatarios, que llevan en arrendamiento otras fincas además de la litigiosa, que precisan y exigen, para su normal explotación, de la atención de más de doce obreros, la mitad de ellos con carácter fijo. Aunque el cultivo era ganadero, los arrendatarios lo transformaron en agrícola, haciendo uso de la facultad de sembrar todo lo que fuera susceptible de ello, pero en realidad es indiferente, ya que el plazo fue de seis años y las prórrogas de los Reales Decretos de 1978, 1979 y 1980 eran aplicables a una y otra modalidad contractual, como se entendió en las Sentencias de 26 de enero de 1981 y 20 de abril de 1982, en relación con el cultivo personal y directo. La Ley se dirige en su acción tuitiva hacia la figura del agri-

cultor profesional modesto, por evidentes razones de justicia, y por ello excluye de tal calificación a quien posea o lleve en arriendo una explotación agraria cuyas dimensiones excedan de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío, y los arrendatarios llevan más de 1.000 hectáreas, por lo que no puede prosperar la tesis del arrendatario de que la consideración de personal sólo ha de valorar y tener en cuenta la finca que es objeto de la acción con abstracción de las otras fincas, lo que contraviene no sólo la dicción legal, que habla de otras explotaciones agrarias, sino la ya vieja doctrina de este Tribunal, que negó la condición de arrendatario protegido a quien tuviera concertados varios contratos, aunque en cada uno de ellos la renta no excediera del límite legal.

C. R. R.

DESAHUCIO.—EL DERECHO DE PRORROGA ARRENDATICIA QUEDA SIN EFECTO CUANDO EL ARRENDADOR SE PROPONE CULTIVAR LA FINCA DIRECTAMENTE, SIEMPRE QUE LOS CONTRATANTES NO HUBIESEN PACTADO UN PLAZO DE DURACION SUPERIOR AL MINIMO LEGAL (SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1985).

Un año antes del vencimiento del plazo contractual se anunció por los arrendatarios su propósito de prorrogar el arrendamiento, a lo que se opusieron los propietarios por ser intención de dichos titulares el cultivarlas directamente, obligándose a ello por un plazo de seis años, por lo que fracasadas las gestiones amistosas, se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia de Ecija, que la admite, y confirma esta resolución la Audiencia Territorial.

El recurso de casación no prospera. La cláusula que dice que los arrendatarios tendrán que pagar 10.000 pesetas por año y por fanega de tierra durante el tiempo que permanezcan vencido el plazo es interpretada por la sentencia de instancia en el sentido de negar que contenga pacto de prórroga, atribuyéndole la naturaleza de una estipulación liquidadora de daños y perjuicios por la demora en la devolución de las fincas arrendadas. El artículo 1.º del Reglamento de 1959 establece la inderogabilidad de sus normas por pacto en contra, pero su artículo 11 dice que el derecho de prórroga quedará sin efecto cuando el propietario se proponga cultivarla directamente, siempre que los contratantes no hubieran pactado un plazo de duración superior al mínimo legal, por lo que tan lícito es el derecho a la prórroga como el derecho del arrendador a negarla si se propone cultivarla directamente, por lo que la expresada cláusula se ajustó a la más estricta legalidad. Cualquiera de los copropietarios está legitimado para el ejercicio de la acción arrendaticia, pudiendo la comunidad de propietarios resolver el contrato locativo y contraer y cumplir la obligación de cultivo directo sin que asuma tal obligación cada uno de sus miembros por separado, teniendo en cuenta además que si los recurrentes ejercitaron su derecho a la prórroga, notificando su voluntad sólo a dos arrendadores, no pueden oponer ahora la defectuosa negativa de prórroga, por no haberla formulado todos los arrendadores, pues si así se entendiera la notificación de los recurrentes también sería inválida.

C. R. R.

RETRACTO.—EL RETRAYENTE DEBE ABONAR EL VERDADERO PRECIO PAGADO CUANDO TIENE CONOCIMIENTO DE EL Y NO SOLO EL ESCRITURADO. EL RETRAYENTE HABIA SIDO DECLARADO PRECARISTA EN OTRO PROCEDIMIENTO Y, EN CONSECUENCIA, NO TENIA DERECHO AL RETRACTO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1985).

En 1978 se citó de conciliación al arrendatario para que dejase la finca libre, por parte del comprador de la misma, que pensaba cultivarla directamente. Planteado otro acto de conciliación por el arrendatario y no existiendo avenencia, se presenta demanda solicitando el retracto ante el Juzgado de Tudela, que estimó la misma, pero la Audiencia de Pamplona la revocó.

Confirma la misma tesis el Supremo. El pleito, iniciado en 1978, debe acomodarse a las Leyes entonces vigentes, esto es, el Reglamento de 1959, y, conforme al artículo 2, número 3, del Código Civil, no debe darse efecto retroactivo a la legislación vigente de 1980; sin embargo, el recurrente formalizó su recurso conforme a esta última Ley, lo que sería suficiente para desestimar el recurso, pero aparte de ello, es obvio que el recurrente conoció el verdadero valor de la finca en el acto de conciliación celebrado en el Juzgado el 25 de enero de 1978, corroborado por la prueba documental del pago simultáneamente, habiendo declarado esta Sala que el retrayente ha de entregar al comprador la cantidad que realmente pagó, aunque no coincida con el precio fijado en la escritura y más cuando el consignado es notoriamente inferior y persigue un lucro que resulta reprochable. También está probado que el ahora recurrente, en documento de 31 de marzo de 1977, se comprometió a desalojar el inmueble arrendado en 20 de diciembre del mismo año, lo que le convierte en precarista y dio lugar a un litigio que concluyó con Sentencia firme de 17 de diciembre de 1980 de dicha Audiencia Territorial, que le declara precarista, constando también que antes de llegar a esta situación se le hizo al recurrente la debida oferta para la adquisición de la finca arrendada.

C. R. R.

DESAHUCIO.—SE HA DE APLICAR AL RECURSO LA LEGISLACION ANTERIOR, PORQUE NINGUN PRECEPTO DE LA NUEVA LEY DICE QUE HAYA DE APICARSE ESTA A LOS LITIGIOS NACIDOS ANTES, RIGIENDO PLENAMENTE LA DISPOSICION TRANSITORIA 4.ª DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1985).

Los arrendatarios no hicieron saber al arrendador su deseo de prorrogar el contrato, notificando, en cambio, el propietario, por conducto notarial, que debían dejar la finca libre en 1 de octubre de 1980, continuando en la posesión de las fincas y realizando labores, por lo que se presenta demanda ante el Juzgado número 1 de Burgos, que la admitió, siendo desestimada la apelación por la Audiencia.

El recurso de revisión no tiene éxito. La excepción de incompetencia de jurisdicción no puede admitirse, ya que no fue suscitada en forma en el oportuno período de alegaciones de la instancia, sin que sea posible

aplicar el artículo 74 de la Ley Procesal, a fin de que esta Sala declarara de oficio la incompetencia por razón de la materia. La Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que sujeta a ella los contratos ya existentes, no dice que los procesos ya iniciados tengan que sustanciarse por los nuevos cauces en la segunda instancia o posteriores ante el Alto Tribunal y, por consiguiente, hay que atender a la legislación procesal que conviene al caso, atendida la fecha de iniciación del litigio, conforme a la Disposición Transitoria 4.ª del Código Civil. De todas formas, quedaría sin desvirtuar la argumentación de la sentencia de primera instancia en cuanto al desalojo por expiración del plazo contractual y el de las posibles prórrogas, ya que han transcurrido más de diecinueve años desde el otorgamiento del contrato hasta la interposición de la demanda.

C. R. R.

RESOLUCION.—PROCEDE PORQUE EL ARRENDATARIO HA HECHO DAÑOS DE CONSIDERACION EN LA FINCA ARRENDADA (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1985).

El arrendatario había hecho daños de consideración en la finca arrendada, por lo que se solicita la resolución del contrato con la indemnización de los daños ocasionados, tanto en la huerta como en las paredes de piedra y edificaciones, más los intereses de dichas sumas, ante el Juzgado número 2 de Salamanca, que estimando en parte la demanda, declaró resuelto el contrato ordenando el desahucio con la indemnización consiguiente, lo que confirmó la Audiencia.

Se rechaza el recurso consiguiente por el Tribunal Supremo. El recurrente alega que los daños causados han podido ser ocasionados también por el arrendador, ya que coexisten la posesión de éste y la del arrendatario, pues aquél tiene el derecho de caza, que practica asiduamente en la finca, pero ello contradice la determinación de la sentencia de que el resultado dañoso se debe al arrendatario después de la confrontación de las diversas pruebas. Estas han puesto de manifiesto que una parte de la finca, calificada de huerta, está actualmente en un proceso avanzado de desertización, causada durante el arriendo por abandono del cultivo y por acción de los animales que el propio arrendatario explota, contradiciendo esta conclusión la rechazable por interesada e indemostrada opinión del recurrente, que se limita a discrepar del reproche de conducta que el Tribunal le hace, luego del examen de la prueba, legalmente inobjetable.

C. R. R.

DESAHUCIO.—NO TIENE EL ARRENDATARIO LA CONDICION DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL, POR LO QUE NO HA LUGAR A LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1979 Y HABIA CONCLUIDO EL CONTRATO YA POR HABER EXPIRADO EL PLAZO DE CINCO AÑOS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1986).

En 1974 se arrendaron varias fincas por un plazo de cinco años, y en 1979, antes de vencer el plazo pactado, el propietario denegó al arrendata-

rio la prórroga del contrato, por finalizar el término, por conducto notarial, habiéndose negado a abandonar la finca, por lo que se presenta demanda de desahucio ante el Juzgado de Colmenar Viejo, que la desestimó, pero la Audiencia de Madrid dio lugar al desahucio de las fincas.

No tiene éxito el recurso de casación. El arrendatario alegó su condición de cultivador directo y personal, pero la Audiencia sienta como hechos probados que el arrendatario tiene su domicilio en Madrid, que uno de sus hijos trabaja en el Canal de Isabel II y los otros dos conviven con el padre, existiendo las mismas dudas en cuanto a si el número de obradas del asalariado excede del 25 por 100 del total necesario para el laboreo de la finca, preparándose el recurso de casación cuando el que debió presentarse fue el de revisión, ya que el litigio se sustanció conforme al Reglamento de 1959, por iniciarse antes de 19 de febrero de 1981, en que comenzó a regir la Ley de 31 de diciembre de 1980, lo que bastaba para no admitir el recurso, pero para mayor garantía procede examinar los motivos del recurso. Los documentos aportados: certificaciones de las Cámaras Locales Agrarias de los pueblos y del Alcalde de uno de ellos, aparte de carecer de fehaciencia, lo que expresan es que la tierra es trabajada y cultivada, directa y personalmente, por el arrendatario y sus hijos con un obrero, pero sólo dos de los hijos viven en el pueblo y el arrendatario tiene su domicilio en Madrid, como el otro hijo, debiendo permanecer incólume lo afirmado por la Audiencia. No reúne, por tanto, el demandado la condición de cultivador directo y personal, por lo que no le fueron aplicables las prórrogas de los Reales Decretos de 1978 y de 1979, anteriores a la nueva Ley de 1980, por lo que este arrendamiento había concluido ya cuando se solicitó el desahucio del arrendatario, por haber expirado el plazo de cinco años, superior al mínimo legal de tres, y no tener derecho a prórroga.

C. R. R.

RESOLUCION.—ESTANDO PROBADO EL CARACTER DE SUELO DE RESERVA URBANA DE LA FINCA ARRENDADA, LA VERDADERA MAQUINACION FRAUDULENTE SERIA LA DEL RECURRENTE, EMPEÑADO EN IMPUGNAR TAL CARACTER (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1985).

El Juzgado de Distrito de Móstoles dictó sentencia en 1981 declarando resuelto el contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta desde septiembre de 1978. El Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero confirmó la anterior, estimando que no se habían consignado las rentas vencidas.

Se interpuso recurso extraordinario de revisión con base en la falsedad de un documento público: certificación del Secretario del Ayuntamiento de Móstoles, el cual ha sido base de la sentencia que se recurre al considerar que las tierras estaban dedicadas a un arrendamiento de suelo urbanizable programado como de uso industrial y no el rústico, que era lo que querían las partes al realizar el contrato, lo que constituye una maquinación fraudulenta del propietario de la finca. Pero el recurso es rechazado, ya que no sólo los documentos no son falsos, sino que existe una prueba abrumadora de que reflejan la verdadera situación de la finca cuestionada,

ya que todos coinciden en que la parcela era de reserva urbana. Si existe maquinación fraudulenta es por parte de quien intentó la revisión, ya que los datos que concretan el carácter urbano de la finca se acomodan a la realidad, y sin olvidar que el revisionista, pese a constar claramente probado que el acuerdo de la Comunidad de Madrid por el que se declara la parcela como suelo de reserva urbana, fue recurrido por otra persona a nombre del actual impugnante, lo que fue desestimado, sin que tal acuerdo fuera impugnado judicialmente.

C. R. R.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—PROCEDE LA REDUCCION DE RENTA ALEGADA POR EL ARRENDATARIO, POR PERDER CAPACIDAD DE RIEGO LA FINCA, SIN QUE LO DESVIRTUE LA CONCESION DE UN PRESTAMO POR CATASTROFE AL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1985).

La renta fijada en el contrato de 1970 fue de 300.000 pesetas anuales, pero fue revisada después a instancia del actor y fijada en 1.100.000 pesetas, mediante un procedimiento civil. En 1982, finalizado el contrato, se demanda el desahucio ante el Juzgado de Coria, que estimó parcialmente la demanda, declarando el arrendamiento extinguido, debiendo pagar el arrendatario 1.500.000 pesetas, y desestimando la reconvención del demandado, en la que se pedía el abono de las mejoras hechas en la finca y los daños causados por el arrendador en la cosecha de 1982. La Audiencia modifica la sentencia anterior, rebajando a 400.000 pesetas la suma de la renta impagada por el año 1980, 275.000 pesetas por 1981 y 1.100.000 pesetas anuales para 1982, sin abono de intereses, condenando a los actores a abonar las mejoras hechas en la finca.

El recurso de casación del actor no prospera. El Tribunal de instancia entendió que el arrendamiento era continuación de una aparcería anterior, lo que no es combatido adecuadamente por el recurrente, ya que se ha probado que los demandados transformaron la finca en regadío, siendo procedente la reducción de renta decretada por la Sala, ya que se probó que durante 1981 la finca tuvo reducido su caudal de riego al 25 por 100 del de un año normal y cuya circunstancia le fue comunicada notarialmente a la propiedad, sin que la concesión de préstamo por catástrofe enerve tal pretensión, y al determinar en la sentencia dictada la cantidad líquida adeudada en concepto de rentas atrasadas, tal cantidad no puede devengar intereses en razón a tal iliquidez, como ha declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia.

C. R. R.

D) FAMILIA

Por JOSÉ CERDÁ GIMENO

DEMANDA DE RECLAMACION DE FILIACION: *hija engendrada por oligofrénico; capacidad para contratar y capacidad para reconocer según el Código Civil; el recurso a la analogía.*—CRESPO v. CAZURRO y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

ADVERTENCIA IMPORTANTE: A pesar de la fecha de esta sentencia, consideramos que su reseña aquí es importante y trascendente, dado que la situación fáctica o supuesto de hecho subyacente al litigio *sigue hoy en día sin tener adecuada solución legal*. O de otro modo dicho, el oligofrénico ¿es siempre y en todo caso incapaz para reconocer a un hijo?

I. *Antecedentes.*—La actora presenta demanda sobre reconocimiento de su hija natural y la basaba en los hechos siguientes: 1) En 1959, la actora, soltera y de conducta honesta, conoce al demandado, también soltero, frecuentando su trato y estrechando su amistad y simpatía. 2) Posteriormente formalizan relaciones amorosas, en forma normal al principio, pero pasados algunos años, «ante el asedio continuo del demandado y la promesa de un rápido matrimonio, y una vez rebasadas la intimidad y convivencia, la actora quedó embarazada» (*sic*). 3) En 1963, la actora da a luz a una niña, inscrita en el Registro Civil correspondiente con los apellidos de la madre. 4) Ni el hecho del embarazo ni el alumbramiento entibiaron las relaciones amorosas citadas, sino que, al contrario, prosiguieron sin interrupción, haciendo el demandado *públicos alardes de paternidad*, lo que se pone de manifiesto en dedicatorias de fotografías y cartas (*sic*) que acompaña a la demanda. 5) El demandado había, con diversas excusas, ido posponiendo el reconocimiento de la niña como hija natural, y fue preciso un *acto de conciliación* para requerirle formalmente, pero no compareció al mismo. La demanda termina con la *súplica* de que *se declare* que la niña... es hija natural del demandado; que dicha niña debe ostentar, en lugar de sus apellidos actuales, los de Cazurro Crespo, debiendo rectificarse en este sentido la inscripción de su nacimiento, y, como consecuencia, que *se condene* al demandado a estar y pasar por las mismas y a reconocer dicha filiación, con las consecuencias y deberes a ella inherentes.

El demandado contestó a la demanda, y alegó en síntesis los siguientes hechos: 1) Que el demandado venía padeciendo desde hacía muchísimos años, desde su nacimiento, «una oligofrenia cuya técnica graduación había de rebasar, sin duda, los límites de la debilidad mental con que fue calificada por el tribunal médico de la comisión técnica calificadora provincial del Ministerio de Trabajo». 2) Aludía a que la actora había tenido otra hija anteriormente y que el relato de la demanda era sorprendente. Termina con la *súplica* de que se dicte sentencia *desestimando* la demanda y *absolviendo* al demandado, con costas a la actora.

El Ministerio Fiscal no contestó a la demanda.

II. *Sentencia del Juzgado.*—Una vez practicadas las pruebas pertinentes, el Juzgado, *estimando* la demanda, *declara* que la niña... es hija natu-

ral del demandado, que debe ostentar en lugar de sus apellidos naturales los de Cazorro Crespo, *debiendo rectificarse* en este sentido la inscripción de su nacimiento, y *condenando* al demandado a reconocer dicha filiación con las consecuencias y deberes a ella inherentes, *sin condena en costas*.

III. *Sentencia de la Audiencia*.—La Audiencia Territorial, en sentencia de 1973, parte y *acepta que de los documentos privados aportados* con la demanda y *reconocidos* por el demandado, *se infiere* una admisión expresa de paternidad que *objetivamente* encaja en el artículo 135, 1.º, del Código Civil, y señala luego que *las formas de reconocimiento del artículo 135 arrancan de la voluntad del padre*, por lo que al padecer el demandado *de oligofrenia, y a tenor del artículo 1.263, 2.º, del Código Civil, no pudo prestar válidamente el consentimiento para reconocer*, procediendo por ello la nulidad de los actos que podrían implicar el reconocimiento de la filiación natural pretendida. Concluye la nulidad del reconocimiento, al ser nulos por falta de consentimiento los *actos* de los cuales podría aquél derivarse; *la causa de la invalidez* la sitúa en no haber alcanzado el nivel intelectual de una persona adulta ni el de una persona capaz de contraer matrimonio. Sienta la sentencia de la Audiencia y declara probado (1) «que el demandado padece una oligofrenia con un coeficiente intelectual de cero coma sesenta y ocho o cero coma setenta, y una edad mental equivalente a un niño de once años, que por ser congénita y obedecer a lesiones cerebrales irreversibles, sólo es susceptible, mediante la educación adecuada, de llegar al nivel intelectual citado, pero no superarlo, ni haber sido susceptible de alcanzar el correspondiente a una persona adulta o, al menos, capaz para contraer matrimonio, y que cuando escribió las cartas y dedicatorias en que se funda la demanda no tenía capacidad para hacer el reconocimiento». La Audiencia dicta sentencia en 1973, *revocando* la sentencia apelada y *absolviendo* al demandado de sus peticiones, *sin imponer costas*.

IV. *Recursos de casación* (2).—Contra la anterior sentencia formulan recursos:

1) *El Ministerio Fiscal*, con base al motivo siguiente: *UNICO*. En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en interpretación errónea del artículo 135, 1.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.263, 2.º, del Código Civil. La tesis antes expuesta de la sentencia recurrida no es ajustada a Derecho por lo siguiente:

A) La sentencia viene a *identificar las consecuencias de los actos jurídicos patrimoniales* realizadas por *los locos o dementes declarados incapaces con las derivadas de los actos de Derecho de familia* que puedan llevar a cabo *los oligofrénicos o débiles mentales no incapacitados*. Cita las Sentencias de 9 de febrero de 1943, 24 de noviembre de 1933, 8 de julio de 1930, etc., y dice en síntesis que «los locos o dementes judicialmente declarados, por cuanto carecen en absoluto de capacidad de obrar, no pue-

(1) Estas consideraciones se extraen literalmente del *Considerando cuarto* de la Sentencia del Tribunal Supremo: subrayados míos (J. C. G.).

(2) Ambos recursos son resumidos seguidamente: subrayados míos (J. C. G.).

den prestar consentimiento eficaz; que los actos terminados por los locos o dementes no incapacitados, para ser declarados nulos es preciso impugnarlos y justificar en el proceso la carencia de razón al tiempo de realizarlos, por lo que *la presunción está en favor de la validez* de los actos y negocios concluidos por quien no ha sido declarado incapaz». Cita las Sentencias de 5 de marzo de 1947 y 6 de febrero de 1968 y las comenta. *En el supuesto del recurso no se niega la capacidad del demandado para procrear en general ni en particular* —dado que *se acepta que es el padre ex sanguinis* de la niña cuyo reconocimiento se pretende—, sino que lo que no se admite es la capacidad para reconocer válidamente lo procreado por él.

B) Si el demandado no posee *capacidad para contraer matrimonio*, la solución ajustada a Derecho hubiera sido *negar* eficacia al reconocimiento por *faltar la condición de hijo natural en el reconocido*, pero no, como hace la sentencia, *declarar la invalidez por ausencia de capacidad en el reconocedor*; y a la inversa, *si se parte de que el hijo es natural*, significa que al tiempo de la concepción del mismo *tenía capacidad* el reconocedor para contraer matrimonio; pero *si se declara*, como hace la sentencia, *la falta de consentimiento*, el hijo no pudo ser considerado *natural*, ya que, mediando tal defecto, el matrimonio no era posible; en efecto, conforme al artículo 119 del Código Civil (entonces vigente), «son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, sin dispensa o con ella», y es esencial al matrimonio el *consentimiento*, quedando éste *inválido* por falta de uso de razón, y tampoco pueden contraer matrimonio los que carezcan del pleno ejercicio de la razón (art. 83, en relación con el 101 del Código Civil).

C) En orden a la *capacidad exigible para el reconocimiento derivado de la declaración judicial*, amparada en el artículo 135, 1.º, del Código Civil: Si el Código Civil omite cualquier referencia a la *capacidad* requerida para el reconocimiento voluntario, la *capacidad en el reconocimiento forzoso o declaración judicial de paternidad es cuestión que ni siquiera es planteada por la doctrina*; es necesario partir de la *naturaleza del reconocimiento* definido en el artículo 135, 1.º, esto es, si existe una *voluntad* emitida con finalidad de reconocer o si se trata de *mero reconocimiento-confesión*, ya que las consecuencias en orden a la capacidad pueden ser distintas. El Código Civil regula el reconocimiento como negocio jurídico formal y solemne, pero al propio tiempo admite que los Tribunales confieran el *status* de hijo natural en base a un reconocimiento no negocial al que sigue una sentencia constitutiva; coexisten así el *reconocimiento formal* y la *mera prueba confesoria* base de una declaración judicial; esta *declaración judicial constitutiva de un «status»* tiene su fundamento en un *reconocimiento privado* al que no va unida necesariamente una *voluntad* de declarar la paternidad; *no se trata de decidir si hay declaración de voluntad en sentido técnico, sino de si hay voluntad como necesario objeto de la prueba*. Comenta el artículo 135, 1.º, del Código Civil y las dos interpretaciones contrapuestas, en orden a *si basta para la constitución coactiva de la relación de filiación natural la simple afirmación da paternidad biológica o si no puede eliminarse la estructura de una declaración de voluntad*, o sea, las teorías del *reconocimiento-confesión*

y la del *reconocimiento-admisión*, y sigue diciendo que la generalidad de la doctrina admite o acoge la *tesis no voluntaria o reconocimiento-confesión*, conforme a la cual *basta la manifestación de paternidad hecha en escrito indubitado*, que no tiene que ser fruto de una declaración de voluntad emitida con el fin de reconocer. Dice que, tras algunas alternativas, esta *tesis no voluntarista* ha sido plenamente acogida en las *Sentencias de 3 de julio de 1941, 8 de febrero de 1943, 22 de enero de 1948, 2 de marzo de 1955, 29 de noviembre de 1958, 3 de diciembre de 1960, 16 de mayo de 1963, 14 de junio de 1967, 11 de diciembre de 1970, en las cuales viene a sostenerse que en la aplicación del artículo 135, 1.º, del Código Civil la norma sólo exige una manifestación de creencia o convicción de paternidad*. Dicho artículo estará completo con una voluntad de *declarar* la paternidad, siendo cumplimiento expresivo de dicha norma la declaración de voluntad de *conferir* el estado de hijo natural. Dicho artículo no entraña un *verdadero reconocimiento negocial* o negocio jurídico formal constitutivo de *status* semejante al del artículo 131, *sino* que más bien es una *mera prueba confesoria, declaración de ciencia* que no confiere *per se* el *status*, sino que sólo es imaginado como posible base de una declaración judicial constitutiva del mismo.

D) *Consecuencia de la diversa concepción* de los reconocimientos que prevén los artículos 131 y 135, 1.º, es que *tienen su proyección en la capacidad del reconocedor*; en todo caso, la capacidad del reconocimiento-confesión será menos rigurosa que la requerida para el reconocimiento-negocio jurídico formal del artículo 131, y así parece *implícitamente* deducirse de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1963. La sentencia en que se apoya esencialmente la resolución que se impugna no se acomoda exactamente al hecho que aquí se discute, ni se concibe en los mismos términos que allí se extractan*; la norma a interpretar es la misma, pero en el *presunto reconocedor* en aquel supuesto *concurrían estas circunstancias: no era un simple débil mental u oligofrénico, sino un loco incapacitado afecto de parálisis general progresiva o demencia parálitica recluido en un manicomio*; no se trata de valorar la voluntad de un *escrito voluntariamente hecho* en el que se admitiera la paternidad, sino de un *escrito dictado* por la actora y en virtud de coacciones lo escribió y firmó reconociendo a su hijo cuando estaba internado tres meses en un manicomio, y del documento de referencia se dice en la sentencia que no fue obra de su voluntad, que por la perturbación que sufría tenía eclipsada toda función intelectual; y *no* se trataba de una persona de capacidad intelectual limitada, sino de «un enfermo de la mente en situación de incapacidad completa, que le privaba de la posibilidad de prestar consentimiento para la realización de acto alguno de orden civil, y especialmente los actos de reconocimiento que le atribuye la demanda».

2) *Por parte de la demandante* se interpone recurso de casación por infracción de Ley en base al siguiente *motivo: UNICO*. Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 135, números 1.º y 2.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.263, 2.º, del mismo Cuerpo legal.

La sentencia recurrida, al estimar que el padre no pudo prestar válidamente su consentimiento por ser oligofrénico congénito, conforme al artículo 1.263, 2.º, considera *nulos* los actos por los que reconoce la paterni-

dad, pero esta *tesis* adolece de los siguientes fallos o *defectos*: a) *extiende* una disposición dictada para los actos de consentimiento contractual a la esfera familiar y a todo tipo de actos individuales; b) *confunde* la realidad del loco o demente declarado incapaz con la del enfermo mental no declarado legalmente incapaz, y en este caso el demandado no ha sido declarado incapaz legalmente; c) a mayor abundamiento, el demandado *comparece* ante el Juzgado con *poder notarial* otorgado al efecto, y actualmente comparece en nombre de dicho recurrido ante el Alto Tribunal un *Procurador* utilizando la misma escritura de poder, o sea, que la *postulación procesal de tales Procuradores en juicio* no viene otorgada por tutor o consejo familiar, sino por el mismo presunto incapaz, lo que en la tesis de la otra parte es un *absurdo*, pues si el señor Cazurro demandado *no es capaz de reconocer* en varios *escritos antiguos* a una hija suya, acto tan inmediato y espontáneo que surge de la misma naturaleza humana por mediatizada que se halle, *menos* podrá otorgar un acto jurídico, como un *poder notarial*, que requiere mayor conocimiento y responsabilidad y trascendencia de sus actos, por lo que en buena tesis habría que declarar *nulas* las actuaciones desde la personación del Procurador que le representaba, y acordándose *de oficio* la constitución de un consejo de familia que designe tutor al presunto incapaz y que el representante legal litigue para aquél.

En resumen, lo que es evidente es que la niña ha sido engendrada por el demandado, que como hija la ha tratado y como hija de aquél ha sido conocida, llegando el padre a reconocer en varias ocasiones por *escritos indubitados tal paternidad, con fechas antiguas, y la falta de antecedentes detallados de la dolencia del recurrido* evidencian e imposibilitan probar que en todas las ocasiones el padre fuera incapaz de realizar actos conscientes y válidos. Por tanto, en el momento de la concepción, fuera o no capaz para contraer matrimonio, el padre, lo cual es fundamental para que la hija pueda tener la condición de hija natural (*sic*). A mayor abundamiento, la demanda original cita genéricamente el artículo 135 del Código Civil, si bien se ha cargado el énfasis en el número 1.º del mismo, pero el número 2.º da una fuerza a la tesis de esta parte, ya que establece la obligación de reconocimiento cuando el hijo se halla en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, lo que así ocurre, en efecto, en este caso: a) ya en la inscripción de la niña, a efectos de identificación, se puso como *nombre del padre* el de Jaime, que es el del demandado; b) así lo prueban todos los documentos y escritos del demandado; c) así lo reconocen los testigos que han declarado en el pleito, siendo importante señalar la falta de «repreguntas», como si fueran innecesarias por ser evidentes las preguntas.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo*.—Siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, se establece la siguiente doctrina en los considerandos:

PRIMERO, que aunque en la demanda no se especifica el número del artículo 135 del Código Civil a cuyo amparo se formula la petición de filiación natural, el texto de aquélla y el de contestación a la misma evidencian que la cuestión planteada en el pleito quedó centrada en torno a la concurrencia en el caso de autos de los requisitos establecidos en el número 1.º de dicho artículo, por lo que la suscitada en el único motivo

del recurso interpuesto por la actora... reviste los caracteres de una cuestión nueva, sustraída a la casación por imperio legal...

SEGUNDO, que *para resolver si la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente los artículos 135, 1.º, y 1.263, 2.º, del tan citado Código, como defienden ambos impugnantes, no tiene carácter decisivo la alegación de que el último de tales preceptos no es aplicable de modo directo al caso debatido, por referirse exclusivamente a los contratos concluidos por los locos o dementes declarados judicialmente incapaces, no teniendo carácter decisivo tal alegación: en primer término, porque ante el silencio de la Ley respecto a la capacidad exigida para realizar los actos, a que se refiere la primera de las normas indicadas, es lícito acudir a la analogía para suplirlo, a base de la generalización del contenido de otras reglas de Derecho que disciplinen supuestos de falta de razón o de juicio para la ejecución de determinados actos o negocios jurídicos, a cuyo fin podía haber citado la sentencia combatida, además del aludido precepto, el número 2.º de los artículos 83 y 663 del propio Código; y, en último lugar, porque si, como sostiene el Ministerio Fiscal y se acepta implícitamente en el recurso de la actora, los actos realizados por los impedidos mentales no incapacitados, para ser declarados nulos es preciso impugnarlos y justificar en el proceso la carencia de razón al tiempo de realizarlos, porque la presunción está a favor de la validez de los actos o negocios concluidos por quien no ha sido declarado incapaz, es de destacar que estos principios son en realidad los que sirven de fundamento al fallo recurrido, únicamente contra el cual y no contra los considerandos que no sean premisa indispensable de aquél se da el recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina.*

TERCERO, que *tampoco tienen carácter decisivo para la solución de la cuestión litigiosa: 1.º La circunstancia de que, según la Sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1947 (citada en la de 6 de febrero de 1968), la declaración de incapacidad de los oligofrénicos puede ser limitada y graduable, toda vez que, por un lado, no se trata ahora de un problema de incapacitación, sino de nulidad de unos actos jurídicos por carencia de razón por parte de su autor; por otro lado, no se puede aventurar en este momento si la declaración de incapacidad del recurrido —cuya correspondiente solicitud pende o pendía en otras actuaciones— quedará o habrá quedado limitada a la administración de sus bienes o extendida, dado el grado de su retraso mental a la celebración de otros actos jurídicos, por ejemplo, al Derecho de familia relativo al reconocimiento de hijos naturales, y, por otra parte, aun admitiendo el primer supuesto, cabe notar que aquellos actos realizados por el incapacitado que fueren excluidos de la declaración de incapacidad, están sujetos al mismo régimen jurídico de impugnación por nulidad fundada en la falta de razón, que los actos de quien no ha sido total ni parcialmente incapacitado. 2.º La naturaleza del reconocimiento informal, comprendida en el número 1.º del artículo 135 del Código citado, puesto que aunque se acepte la teoría del «reconocimiento-confesión», siempre será exigible en el que reconoce la conciencia y voluntad de declarar su paternidad.*

CUARTO, que *centrado así el problema, ha de recordarse que, como tiene proclamado constantemente este Tribunal a propósito de la capacidad natural para realizar actos o negocios jurídicos, la cuestión atinente a la existencia o ausencia de dicha capacidad es de puro hecho, y su*

apreciación queda, por consiguiente, sometida a la soberanía del juzgador de instancia, sin que contra ella quepa más ataque que el de la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según las vertientes de error de hecho y de error de Derecho en tal apreciación; y siendo así que la sentencia impugnada declara probado... (3), es obvio que no impugnadas ni intentadas desvirtuar estas apreciaciones de hecho, han de desestimarse ambos recursos, deducidos exclusivamente por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, con la condena en costas preceptiva.

Fallo.—Debemos declarar y declaramos *no haber lugar* a los recursos de casación por infracción de Ley, interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la parte demandante.

J. C. G.

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: *Exigibilidad de la obligación de dar alimentos en base al artículo 148 del Código Civil, y los auxilios económicos pendientes de abono a la esposa tras un procedimiento de separación conyugal; medidas provisionales y cosa juzgada; la situación de separación conyugal y la obligación del marido de prestar alimentos a la mujer e hijos, en base al artículo 143 del Código Civil.*—GRANA v. PLANO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1974).

I. *Antecedentes.*—Eran hechos declarados probados en el presente litigio: 1.º La demandante había contraído matrimonio canónico con el demandado en 1963, de cuyo matrimonio hubo dos hijos. 2) El matrimonio había fijado su residencia en otra localidad del lugar de celebración, y en el año 1968 se dicta auto en expediente de medidas provisionales para la mujer casada, promovido por la esposa, siendo separada provisionalmente del marido, colocando en poder de ella los dos hijos del matrimonio y señalándole como domicilio la localidad donde había contraído el matrimonio. 3) En el dicho auto de medidas provisionales se había convenido que «ambas partes acuerdan que el marido debe abonar mensualmente a la esposa para su subsistencia y la de los dos hijos del matrimonio, la cantidad de 7.000 pesetas mensuales, para su abono en la Cartilla de Ahorros abierta en la Sucursal del Banco...», y el señor Juez, en vista de ello, señala que dicha suma deberá ser satisfecha por mensualidades anticipadas». 4) El demandado había ingresado 7.000 pesetas del primer mes, 10.000 en el segundo, y no volviendo a remitir ninguna otra cantidad desde entonces. 5) El demandado interesaba se le señalaran días de visita a sus hijos, a lo que se accedió. 6) Por *sentencia del Tribunal Eclesiástico*, se concedió separación temporal *por tiempo de dos años*, al fallar en contra del demandado por *causa de sevicias*. 7) El régimen matrimonial era el de gananciales, por no haberse aportado bienes al matrimonio por ninguno de los cónyuges; constante el matrimonio, el demandado había constituido con hermanos y otros señores una sociedad dedicada a la industria de panadería, integrada posteriormente en otra sociedad mayor.

(3) Afirmaciones de la sentencia que se han recogido precedentemente al reseñar la sentencia de la *Audiencia*: ep. III.

Se incidía en una *interpretación divergente* en cuanto a una serie de hechos por ambas partes:

- Por la *esposa* se hacía constar que el marido tenía unos ingresos muy elevados mensualmente, y que a los ingresos obtenidos por el negocio de panadería, había que añadir otros locales y rentas de unas casas que tenía, con ingresos no inferiores, según se estimaba, a 35.000 pesetas mensuales, en tanto que la demandada, dedicada al trabajo de la casa y el cuidado de los hijos pequeños, de precaria salud, carece de toda suerte de bienes y de rentas, a no ser la parte de gananciales que le corresponde en el matrimonio, y se había visto obligada a acudir en demanda de auxilio a sus padres para que le dieran de comer y le atendieran en sus necesidades.

- En cuanto al *demandado*, entendía que la demandante, una vez interpuesta la demanda de separación, no había solicitado la adopción de las medidas que regula el artículo 68 del Código Civil, y especialmente la de señalamiento de alimentos y de «litis expensas»; que los ingresos que le imputaban no eran ciertos, y que había estado aquejado de una grave enfermedad, dejando de percibir toda clase de ingresos; que había terminado en el año 1972 el plazo de dos años fijado por el Tribunal Eclesiástico, y que la demandante había cambiado de domicilio, que le había sido asignado provisionalmente por el Juzgado en las medidas provisionales.

Por la *demandante* se hacía constar en la *súplica* que, previo el trámite legal, se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar la obligación del demandado a pasar una pensión a la actora para alimentar, educar e instruir a los dos hijos legítimos de ambas partes. 2.º Declarar que esta obligación le incumbe desde el 6 de noviembre de 1968, fecha en que el Juzgado de Primera Instancia acordó la separación del matrimonio, poniendo en poder de la actora los dos hijos citados. 3.º Declarar la obligación del demandado en pasar una pensión a la actora en concepto de alimentos desde la misma fecha de 6 de noviembre de 1968. 4.º Declarar que la suma de ambas pensiones es de 7.000 pesetas mensuales, y que lo adeudado por dicho concepto, deducido lo entregado, es de 326.000 pesetas hasta el día de la fecha. 5.º Declarar que en adelante la suma de ambas pensiones será de 10.000 pesetas mensuales hasta la reunión del matrimonio. 6.º Declarar que el demandado debe abonar a la actora la suma de 15.580 pesetas, en concepto de «litis expensas» causadas en las medidas provisionales y en la tramitación de la causa de separación matrimonial ante el Juzgado y Tribunal Eclesiástico, respectivamente. 7.º Declarar que el demandado debe abonar a la actora las «litis expensas» causadas en el acto conciliatorio entre ambos y en la presente «litis», en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia. 8.º Condenar al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de todas y cada una de las cantidades reseñadas.

El demandado *contesta* a la demanda y *se opone* a la misma formulando *reconvención*, y terminando con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare que ha transcurrido el término de separación matrimonial en su día señalado por el Tribunal Eclesiástico, y, en consecuencia, se declare y ordene a la actora que viva con su esposo, guardándole fidelidad, y siga a su marido en el domicilio que éste tiene en la ciudad

de..., declarando asimismo que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal.

II. *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.*—El Juzgado estima prácticamente la demanda. A los efectos de no incurrir en repeticiones, cabe decir que de todos los pedimentos de la demanda, la sentencia del Juzgado *estima totalmente desde el 4.º al 8.º, y los tres primeros*, los acepta implícitamente.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—La sentencia de la Audiencia Territorial *desestima* el recurso de apelación del demandado, *confirma* en todos sus pronunciamientos la sentencia del Juzgado y condena al apelante en las costas.

IV. *Recurso de casación.*—Por el marido demandado se interpuso el recurso de casación *por infracción de Ley* en base a los siguientes motivos:

1.º En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por violación del artículo 148 del Código Civil, cita este precepto y dice que establece la obligación de dar alimentos, exigible desde que se necesiten y al otorgar la sentencia recurrida la cantidad de 326.000 pesetas a la actora, *no* desde la fecha en que se interpone la demanda de menor cuantía, viola el dicho precepto, puesto que esta cantidad se refiere a alimentos que se hubiera podido exigir quizá, pero no se demandaron.

2.º En base al número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por ser contrario a la cosa juzgada y haberse alegado esta excepción en el juicio y en la contestación a la demanda. Se obtuvo en las medidas provisionales del Juzgado de Primera Instancia auxilios económicos en virtud de resolución, que *no fue* recurrida, por lo que es totalmente improcedente volver sobre la misma en un proceso declarativo de menor cuantía para obtener lo que por resolución judicial le había sido concedido.

3.º En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por aplicación indebida del artículo 143 del Código Civil y 146 del mismo Cuerpo legal, preceptos citados y aplicados indebidamente en el primero de los considerandos de la sentencia recurrida. Preceptos que no son de aplicación, sino, por el contrario, y en su caso, sería de aplicación el artículo 155 del Código Civil.

4.º En base al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por violación del artículo 155 del Código Civil, por no aplicación, en orden al deber de alimentar e instruir a los hijos como consecuencia de la patria potestad. Al recurrente no se le ha privado de la patria potestad en momento alguno, ni cuando se dictaron las medidas provisionales, que se referían únicamente a la custodia provisional de los hijos, ni en la sentencia del Tribunal Eclesiástico, por tanto, nadie puede reclamar en nombre de ellos ni accionar ni arrogarse representación alguna, que corresponde exclusivamente al padre.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, establece la siguiente doctrina en sus considerandos:

1.º Que correspondiendo el primero de los conceptos que reclama la actora, tal y como se expresa en la sentencia recurrida... (1), como de auxilio económico que el demandante debía abonar a su esposa para ella y los dos hijos del matrimonio, en procedimiento de separación de mujer casada instado por la actora y recurrida contra su esposo, hace decaiga primer motivo del recurso al acusar... la violación del artículo 148 del Código Civil, pues que, conforme a dicho artículo, «los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», siendo lo cierto que la expresada cantidad no corresponde a este concepto, ni de tal modo es calificada por la sentencia que se recurre, cuya condena se justifica como cantidad adeudada por el demandado y que debe abonar a la actora; no entrando en juego el expresado artículo, no puede decirse que haya sido violado; debiendo correr la propia suerte adversa el segundo de los motivos, puesto que las resoluciones dictadas en procedimiento de jurisdicción voluntaria, como el indicado, por su carácter de provisionalidad no producen excepción de cosa juzgada, aparte de no citarse precepto que se supone infringido, lo que determinaría su inadmisión, en esta fase desestimación.

2.º Que decretada por la sentencia canónica la separación temporal de dos años de los cónyuges, que se cumplieron el 28 de noviembre de 1972, sienta la recurrida sentencia que manteniéndose dicha separación, no desaparece la obligación por parte del marido de prestar alimentos..., al no haber probado «que por su parte ha hecho todo lo necesario para esa reinstauración» (2); prestación que le impone el artículo 143 del Código Civil, el que, en efecto, establece quiénes están recíprocamente obligados a darse alimentos, comprendiéndose a los cónyuges, así como ascendientes y descendientes legítimos, entre otros, por lo que es indudable que el juzgador de instancia se atuvo, una vez determinada la situación de hecho y para mientras la misma subsistiere, a lo dispuesto en dicho artículo, fijando la cuantía en 10.000 pesetas, en atención al resultado ofrecido por la prueba practicada, en orden a las posibilidades económicas del obligado a prestar dichos alimentos y las necesidades de quienes iban a recibirlo, circunstancias de hecho que han de ser dejadas a prudente arbitrio del juzgador, lo que hace que sea desestimado este tercer motivo, al denunciarse...; como del mismo modo lo ha de ser el cuarto y último, al denunciarse..., por hacer referencia a las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad, cuestión ésta no citada en la presente «litis».

3.º Que la desestimación de los cuatro motivos con los que se formula el presente recurso comporta la de éste, con las accesorias determinadas en el artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.

Fallo.—Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación.

Notas.—Apenas presenta particularidades el presente supuesto de hecho, resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo.

De lo cual se resiente la escasa atención prestada a la misma por nuestra doctrina. Ver, con todo, las referencias de G. GARCÍA CANTERO,

(1) Importe de las cuarenta y nueve mensualidades que se le habían señalado en 1968, referidas en el *petitum* de la demanda.

(2) Así aparece en la propia sentencia entrecomillado.

en ADC, 1975, págs. 840 y sigs. (con su nota relativa al relieve *canónico* de este supuesto de hecho), y de C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La separación de hecho matrimonial*, Ed. EDESA, Madrid, 1982, págs. 128 y sigs.

J. C. G.

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: *La necesidad del alimentista y la carga de la prueba de que tiene bienes y de que son suficientes.*—URDALLETA v. MICHELENA (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1974).

I. *Antecedentes.*—Fueron hechos declarados probados en este litigio los siguientes (1):

La actora y el demandado habían contraído matrimonio canónico en 1943 y posteriormente por desavenencias, por haberse visto abandonada económica, espiritual y físicamente, la actora formuló *demandas provisionales* en 1944, siendo el marido *condenado* en sentencia del mismo año, a abonar 150 pesetas mensuales a su esposa, partiendo de que el demandado cobraba como salario diario entonces 12,40 pesetas; desde entonces había sido abonada dicha cantidad de 150 pesetas mensuales, y la actora hacía constar la insuficiencia de la misma para atender a sus necesidades más elementales, ya que carecía, según decía, de toda clase de bienes e ingresos, en tanto que los de su marido eran cuantiosos; la actora formuló *demandas sobre alimentos definitivos* solicitando del Juzgado se dicte sentencia condenando al demandado a pagar la cantidad mensual y vitalicia a la actora de 4.500 pesetas o la que resulte de las pruebas aportadas en el juicio como suficiente para cubrir las necesidades del alimentante, habida cuenta de las posibilidades del alimentista, y condenando a pagar las costas del juicio.

El demandado *contestó* a la demanda *oponiéndose* a la misma, y hacía constar que la actora estaba colocada en una cafetería de una ciudad donde permaneció trabajando tres años, y que después se ausentó a Francia, donde todavía residía en la actualidad. Solicitaba que se dictase sentencia de acuerdo con lo expuesto y absolviéndole de la misma.

II. *Sentencia del Juzgado.*—No habían sido objeto de prueba ninguno de los extremos manifestados por el demandado y por la demandante. El Juzgado de Primera Instancia, considerando que la reclamante no había probado que carecía de bienes y que, por tanto, necesitaba los alimentos que solicitaba (2), *desestimó* la demanda, absolviendo de la misma al demandado, sin hacer expresa imposición en costas.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—La Audiencia, recogiendo lo establecido en la jurisprudencia, según *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1969* (3), ya que —como en el supuesto fáctico aquí contemplado— no concurre culpa alguna por parte de la alimentista, y «cuando la separación de hecho no la ha provocado la esposa, si la alimen-

(1) Tales hechos probados se extraen del *Considerando primero* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(2) Esta referencia se toma del apartado f) del *Considerando primero* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(3) Se extrae lo que sigue del *Considerando segundo* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

tista alega que carece de bienes, pasa al demandado la carga de probar que los tiene y que le producen lo suficiente para cubrir sus necesidades con arreglo a su posición social, no bastando para el cese de la obligación alimenticia la mera capacidad subjetiva para poseer un oficio, profesión o industria, pues la reciprocidad del deber de prestar alimentos entre los esposos no es tan absoluta que haga aplicable a la mujer esta doctrina para imponerle la carga de la prueba de su imposibilidad de atender a su subsistencia dedicándose al trabajo, lo cual equivaldría a eximir al marido, jefe de la familia, sobre el que principalmente pesan las cargas del matrimonio, del deber de protección que el artículo 57 del Código Civil le impone». La Audiencia, tras estas consideraciones, falla que estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante, revoca la sentencia del Juzgado y condena al demandado a pagar a la actora la cantidad mensual y vitalicia de 4.500 pesetas, sin hacer condena en costas.

IV. *Recurso de casación.*—El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, con apoyo en los siguientes motivos: *UNICO*. Basado en el apartado 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 148 del Código Civil, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto, entre otras, la contenida en la Sentencia de 11 de abril de 1946: dado que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos. Recoge las consideraciones de la sentencia recurrida de la Audiencia, a que antes nos hemos referido, y, en opinión de dicho recurrente (4), «la sentencia recurrida lleva implícita la deducción de que la demandante no ha probado la necesidad determinante de su derecho y, en consecuencia, se ofrece la falta absoluta del requisito esencial antes reseñado, por lo que finaliza sosteniendo que la Audiencia contradice la acertada doctrina del Juzgado sobre la carga de la prueba, respecto a cuya materia la moderna doctrina y la jurisprudencia desarrollan el artículo 1.214 del Código Civil».

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, se dicta la siguiente sentencia:

Considerando 1.º: Que la situación que contempla la sentencia recurrida es la siguiente... (5).

Considerando 2.º: Que el Tribunal que conoció de la alzada, conjugando los preceptos contenidos en los artículos 56, 57, 143 y siguientes del Código Civil, revocó la sentencia apelada... (6).

Considerando 3.º: Que contra esta sentencia de apelación levanta el demandado el presente recurso de casación, integrado por único motivo formulado... (7).

Considerando 4.º: Que para proporcionar apariencias lógicas a su argumentación, la parte recurrente comienza por hacer supuesto de la cuestión, atribuyendo a la sentencia unas afirmaciones que no contiene, de las

(4) Argumentaciones éstas que se toman del Considerando tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(5) El ponente reseña los hechos probados en la forma expuesta en el antecedente I.

(6) Recoge aquí el ponente las argumentaciones de la Audiencia en la forma que se ha expuesto en antecedente III.

(7) Aquí el ponente sintetiza el recurso de casación en la forma que se ha dicho en antecedente IV.

que, en tesis de dicho recurrente, «podría deducirse que la demandante no ha probado la necesidad determinante de su derecho» (8), *cuando la realidad es que la sentencia combatida no hace semejante aseveración, y para revocar la de primer grado, tiene en cuenta precisamente la necesidad del alimentista y la importancia del caudal del alimentante, afirmaciones éstas que no han sido impugnadas por adecuada vía procesal.*

Considerando 5.º: Que, además, *aquella argumentación del recurrente nunca conduciría a demostrar el vicio «in judicando» que le atribuye la sentencia, porque la acusación que le imputan no deriva de la supuesta interpretación errónea del precepto, sino que, en tal caso, constituiría aplicación indebida de él.*

Considerando 6.º: Que *el principio de Derecho relativo a la carga de la prueba, que consagra con carácter general nuestro Código Civil en su artículo 1.214, admite derogaciones y atenuaciones en casos concretos y determinados, bien porque las imponga específicos preceptos o bien porque la doctrina jurisprudencial, deducida de la conjugación de ciertas normas legales, las haya establecido en determinadas materias, como ocurre, por ejemplo, en el instituto de los alimentos entre cónyuges, en el que se ha proclamado con reiteración «que la alegación por la esposa de la carencia de bienes hace pasar al demandado la carga de probar que los tiene y que le producen lo suficiente para cubrir sus necesidades...» (9), lo cual —como expresado queda— equivaldría a eximir al marido del deber de protección que el artículo 57 del Código Civil le impone* (Sentencias de 24 de octubre de 1951 y 9 de diciembre de 1972).

Considerando 7.º: Que, *por tanto, mientras permanezcan en vigor los preceptos contenidos en los artículos 57 y 1.434, 2.º, del Código Civil, no puede dejar de tenerse en cuenta aquella doctrina jurisprudencial, y los Tribunales que la aplican no cometen infracción si razonan y justifican la procedencia de hacerlo en el caso concreto que se les somete.*

Considerando 8.º: Que *la desestimación del recurso comporta, por imperio del principio del vencimiento, que en esta materia de recursos acepta nuestro ordenamiento procesal, la condena en costas al recurrente.*

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación.

J. C. G.

DEMANDA DE SEPARACION JUDICIAL POR ABANDONO DEL HOGAR:

El abandono del hogar y el abandono de familia; la prueba del abandono de familia; la falta de asistencia o de los alimentos indispensables para cónyuge e hijos.—LOPEZ PASTOR v. JIMENEZ (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Nota.—El supuesto de hecho subyacente en este pleito está hoy contemplado, tras la reforma de 1981, en el artículo 82, 1.º, del Código Civil, de muy similar redacción al anterior artículo 105, 2.º, del Código Civil. En consecuencia, el interés de la sentencia sigue teniendo relevancia a efectos de la invocación de los «precedentes».

(8) Así subrayado entre comillas en la sentencia.

(9) Recoge aquí el ponente la idéntica argumentación que ha efectuado la Audiencia Territorial, por lo que me abstengo de repetir dicha argumentación antes reseñada en antecedente III.

I. *Antecedentes.*—Fueron hechos probados en este litigio los siguientes:

- 1) La demandante y el demandado habían contraído matrimonio civil en 1966, de cuya unión tuvieron dos hijos.
- 2) A poco de comenzar el matrimonio ya se iniciaron las *desavenencias conyugales*, quedando, en síntesis, como sigue:

Para la esposa, la argumentación en orden a estas desavenencias era como sigue: que el marido en el mismo año del matrimonio, alegando trabajos nocturnos, permaneció fuera del hogar una noche, y que a pesar de salir del trabajo a las siete y media de la tarde, llegaba sobre las dos de la madrugada, no pudiendo saber dónde invertía esas horas; en 1968, la demandante, estando embarazada y aquejada de bronquitis, no fue visitada por su marido ni recibió ayuda económica alguna; que en 1969, la actora había marchado a Alicante con sus padres, y durante su ausencia el marido no pernoctaba los sábados en el domicilio conyugal, deduciendo sostenía relaciones amorosas con otra mujer; que el marido se ausentaba del hogar todos los sábados y domingos sobre las cuatro de la tarde, negándose a que su esposa le acompañara, lo que motivó una *vigilancia especial*, comprobándose que se dirigía a determinado domicilio donde vivía una señora viuda en cuya compañía permanecía toda la tarde; que en 1971, la actora y su hermana sorprendieron al marido viéndole subir al citado domicilio, pretendiendo ambas entrar en la vivienda donde él había entrado previamente, siéndoles denegada la entrada; que al afearle la conducta el suegro, el demandado contestó que seguiría haciendo lo mismo, y así ha sido hasta la actualidad; había sido visto en público cogido del brazo de la citada viuda en establecimientos de bebidas de la calle donde tenía su residencia dicha viuda.

Por parte del marido se alegaba lo siguiente: que hacia finales de 1971, para aportar mayores ingresos, hacía horas extraordinarias; que el demandado siempre fue hombre de buenas costumbres, amante del hogar y no había pernoctado jamás fuera de su domicilio, a no ser por motivos profesionales, y que nunca negó el débito conyugal; que si había ido a determinado domicilio fue para comunicar a la señora viuda en cuestión una noticia relacionada con el trabajo.

Por la actora se finalizaba *la demanda* haciéndose constar que no se había celebrado acto de conciliación por provenir este juicio de las diligencias *preliminares* de separación. *Suplicaba* se dictase sentencia decretando la separación conyugal del matrimonio por culpa del marido.

Por el demandado *se contestó y se opuso a la demanda*, alegando como *cuestión previa* la incompetencia de jurisdicción. Después de las referidas alegaciones, terminaba *suplicando* se dictase sentencia estimando la excepción dilatoria propuesta, y para el caso de entrar en el fondo del asunto, desestimase la demanda declarando no haber lugar a la separación conyugal solicitada.

II. *Sentencia del Juzgado.*—El Juzgado, no dando lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, y entrando a conocer el fondo del asunto, desestima la demanda, no dando lugar a la separación conyugal solicitada, por no haberse probado la existencia de las causas legales del artículo 105, 1.º y 2.º, del Código Civil, sin condena en costas.

III. *Sentencia de la Audiencia.*—La Audiencia Territorial confirma en todas sus partes la sentencia apelada, sin hacer condena en costas.

IV. *Recurso de casación.*—Por la demandante se interpone recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando el siguiente motivo: *UNICO.* Basado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia recurrida interpreta erróneamente la causa 2.ª, párrafo final, del artículo 105 del Código Civil. El abandono del hogar no debe interpretarse como abandono físico del domicilio familiar, ya que nuestro ordenamiento punitivo sanciona el «abandono de familia», que comprende al cónyuge que deja de cumplir los deberes legales de asistencia, consecuencia de la patria potestad y matrimonio, aunque permanezca en el domicilio familiar, si tal abandono tiene por causa su conducta desordenada —artículo 487 del Código Penal—. Que el «abandono del hogar» *ha de interpretarse sistemáticamente como abandono de familia, incluyendo la falta de asistencia de alimentos indispensables para el cónyuge e hijos.* Que *la interpretación literal* del precepto examinado que hace la sentencia llevaría a la conclusión de que *la comisión del delito de «abandono de familia» no es causa suficiente para la separación conyugal, mientras el autor no abandona físicamente el hogar.* Que el artículo 143 del Código Civil impone al marido la obligación de prestar asistencia económica, así como los alimentos inherentes al estado matrimonial y a la patria potestad. Que el marido había causado baja voluntaria en la empresa donde trabajaba en 1970, desde cuya fecha no pasó ayuda económica alguna, a pesar de que en la actualidad sigue trabajando. Que la falta de asistencia económica del demandado para el sustento de la familia entraña ética y jurídicamente «abandono del hogar» y, por tanto, existe la causa de separación postulada.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, se dicta la siguiente sentencia:

Considerando 1.º: Que *en el único motivo del recurso se combate, de todas las afirmaciones de la instancia, sólo el pronunciamiento donde se deniega la separación por no concurrir la circunstancia segunda del artículo 105 del Código Civil, en el punto referente a que no ha habido «abandono del hogar», razonándose en él... (1).*

Considerando 2.º: Que *concentrándose todo el tema del recurso en el abandono del hogar, sea cual sea la trascendencia que se conceda a la expresión legal, lo cierto es que no se encuentra, para que pueda prosperar el motivo, ninguna base en las afirmaciones de hecho de la instancia, no combatidas; pues lo único que al respecto se aprecia en la sentencia de primer grado, e idéntico punto de vista es el de la apelación con referencia expresada, es que el marido tuvo que abandonar el hogar por mandato del Juez cuando fue depositada la mujer en el domicilio conyugal, donde también vivían los padres de ella, al ser decretadas las medidas provisionales previas al pleito de separación; por lo cual hay que desestimar el motivo.*

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación.

J. C. G.

(1) El ponnte resume seguidamente el único motivo del recurso.

NULIDAD DE DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO EFECTUADA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Demanda de declaración de nulidad en capitulaciones matrimoniales y de declaración de reservables de determinados bienes, personas afectadas por tal declaración y situación de litisconsorcio pasivo necesario; el ejercicio de la acción como cotitular de los bienes reservables y la situación de comunidad; la reparación y mejoras en bienes conyugales y el derecho de retención del artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.*—CORZANA v. URCHAGA, LLULL y MIRO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1974).

I. *Antecedentes.*—La demanda se interponía por la hija del difunto señor Corzana contra la segunda esposa del mismo, contra los albaceas testamentarios y contra un tercero comprador, en este caso, el señor Llull.

La demanda se basaba en los siguientes hechos:

1) *El fallecido, padre de la actora, había contraído matrimonio en 1907*—según exponía la actora, *en régimen de separación de bienes*—, de cuya unión nacieron dos hijas: la mayor era la demandante, y la segunda, que había fallecido hacía más de veinte años; al parecer, el matrimonio se había *contraído en Madrid* con sujeción al Derecho común y *sin haberse pactado* escritura de capitulaciones matrimoniales.

2) Las actividades *profesionales* del difunto señor Corzana se habían efectuado, al parecer, con dinero de su esposa, destinado a la promoción y realización de espectáculos de circo, lo que permitió cierta holgura económica a la familia; la madre, al parecer, recuperó su dinero y procedió a adquirir —después de la guerra civil— una serie de propiedades sitas en los alrededores de Barcelona, haciéndose constar en las escrituras de adquisición que los cónyuges estaban sujetos a la legislación civil catalana.

3) *En 1961 falleció la madre de la demandante, esposa del padre causante, cuando éste tenía unos ochenta años de edad; a partir de entonces desaparece la armonía y convivencia familiar, ya que se enamoró de la actual demandada, que era treinta años más joven que él, viuda dos veces y con tres hijos del primer matrimonio.*

4) *En el testamento de la madre de la demandante instituía único heredero a su esposo, declarando que ella estaba acogida a la legislación foral catalana y que era propietaria de una serie de bienes, pasando tales bienes a su heredero instituido, que en 1962 compareció ante Notario y aceptó pura y simplemente la herencia de su esposa, formalizando la manifestación de los bienes integrantes de la misma, que se le adjudicaban sin perjuicio de los derechos legitimarios de la actual demandante y de las hijas de su otra hermana fallecida.*

5) *En septiembre de 1962, el padre de la demandante y la actual demandada se casaron, poco después de haber aceptado la herencia de su esposa; los bienes adquiridos por el padre de la actora tenían el carácter de reservables, conforme a los artículos correspondientes de la Compilación Catalana y subsidiariamente del Código Civil, y, por tanto, al casarse en segundas nupcias, se deberían haber efectuado los trámites necesarios para acreditarse en todo momento la situación de tales bienes, que estaba en pleno vigor al contraerse un nuevo matrimonio.*

6) *En octubre de 1962*, no sólo no se cumplen los requisitos legales en cuanto a la reserva binupcial, sino que se comparece *ante Notario* por el causante y la actual demandada, y se otorga una *escritura de capítulos matrimoniales con donación de bienes por razón de matrimonio*; la donación afectaba a la finca X...

7) A partir de esta situación se va distanciando el padre de su hija y de sus nietos, acabando por expulsar a un nieto de una de las propiedades en que habitaba, y después expulsó a su hija, de manera que la demandada se apoderó de todos los bienes con perfecto conocimiento de su procedencia; resurge la relación familiar cuando el causante requiere a su hija y a sus nietos para que acudan a la Notaría a *vender* diversas fincas que formaban parte del patrimonio de su difunta esposa, comparecencia de hija y nietos como legitimarios que eran; poco a poco se fueron vendiendo *diversas fincas*, y, finalmente, ya *con noventa años*, el causante otorga su *último testamento en 1965*, del que son albaceas testamentarios los demandados, señores Miró, testamento que es el que motiva la demanda.

La demanda *se fundamenta* en preceptos de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y termina con la *súplica* de que se dicte sentencia *declarando*: A) *Nulo* de pleno derecho la *cláusula segunda de la escritura de capítulos matrimoniales de 1962*, por la que el padre de la actora hacía donación por razón de matrimonio con la segunda esposa entregándole una finca, por tener dicha finca el carácter de *reservable* a favor de la demandante y de sus sobrinos. B) *Nulo* de pleno derecho el *asiento registral* que hubiera podido originar dicha escritura de capítulos matrimoniales. C) *Nulo* de pleno derecho la escritura de *compraventa* de la misma finca, inscrita en el Registro de la Propiedad, otorgada entre la demandada y el señor Llull (el *comprador* de dicha finca, *también demandado*). D) *Nulo* de pleno derecho el *asiento registral derivado* de la escritura de compraventa precedente. E) *Nulo* de pleno derecho el *prelegado* contenido en el apartado décimo del *testamento* último del causante, a favor de su esposa, en cuanto *«dispone* a su favor la finca conocida como...». F) Que *procedente* de la herencia de doña..., tienen el carácter de *reservables* a favor de la hija y nietos de..., los *bienes muebles* que se describen, y cuyo importe exacto se acreditará en el período probatorio; dichos muebles *se concretaban* también en el dinero depositado en las sucursales de los bancos y cajas que citaba, que en la fecha del fallecimiento del causante arrojaban los *saldos* de... pesetas. Y *que se condene*, en calidad que ostente cada uno de los demandados, a *estar y pasar* por las anteriores declaraciones y, en consecuencia, a *entregar* a la demandante cotitular de los bienes reservables los descritos bienes muebles e inmuebles *desde* el momento de la interposición de la demanda, con imposición expresa de *costas* a los demandados que temerariamente se opusieran a esta pretensión. *Subsidiariamente*, y para el improbable caso de que el juzgador no diera lugar a las peticiones C) y D) de este suplico, *declarar*, en su defecto, *rescindido* el contrato de compraventa... otorgado por la demandada con el también demandado señor Llull, por constituir dicha finca un bien *reservable*..., y en tal calidad, haber sufrido *perjuicios* en más de la mitad del justo precio en dicha finca, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 325 de la Compilación de Cataluña, y *nulo* también el *asiento registral* que originase dicha transmisión, con *condena* a ambos demandados a estar

y pasar por esta declaración, *optando* por el complemento del justo precio o la restitución recíproca del objeto vendido y el precio entregado que consta en escritura de compraventa. Todo con expresa imposición de costas.

La demandante, tras manifestar que había recibido una citación del Juzgado de X, en el *expediente de protocolización de un testamento ológrafo de su padre causante*, de fecha *posterior* al que origina la presente demanda, y comoquiera que *subsistía la misma causa de pedir* contra el nuevo testamento aparecido, procede mediante *escrito de ampliación de la demanda en 1971*, a suplicar *que se tenga por adicionado* el suplico de la demanda con el siguiente apartado: que se declare *nulo* el pleno derecho del *testamento ológrafo* en trámite de protocolización ante el mismo Juzgado, por no respetar el carácter de reservable que tiene la herencia yacente de don..., en cuanto que los bienes que la componen, como procedentes, a su vez, de la herencia de doña..., sólo pueden pasar a los descendientes de este primer matrimonio.

II. *Contestación a la demanda.*—Por parte de los demandados señores Miró, albaceas testamentarios, no comparecieron, por lo que se tuvo por contestada la demanda respecto a los mismos, siguiéndose, en cuanto a ellos, los autos en rebeldía.

● Por parte de la demandada se contestó a la demanda oponiendo, en síntesis, a los hechos antes manifestados lo siguiente: 1) Que la madre de la demandante al tiempo de contraer matrimonio *carecía* de bienes o dinero de cualquier clase, de forma que *los que posteriormente aparecían adquiridos por la misma* lo fueron exclusivamente con el dinero del marido, quien los puso a nombre de ella; que el matrimonio se había *contraído en Madrid, con sujeción al régimen de Derecho común*, y, por tanto, bajo el régimen de gananciales, al no haberse pactado escritura de capitulaciones matrimoniales. 2) Que *las declaraciones del causante* en orden a las *adquisiciones* a nombre de su primera esposa eran totalmente ineficaces, porque se vulneraba el régimen económico de gananciales impuesto por la Ley, de acuerdo con los artículos 14, 15 y concordantes del Código Civil en relación con el 1.323 del mismo texto legal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3) Que la esposa primera del causante *difícilmente podía poseer fortuna alguna o dinero propio*, ya que el *mantenimiento* de la familia se debió al trabajo exclusivo del marido. 4) Que *ni la actora ni los nietos* de su difunto esposo le habían dado al mismo *un trato siquiera amable*, hasta el punto de haber *desheredado al hijo de la actora por malos tratos*; que no existía unión familiar, ni armonía, ni convivencia, ni atenciones, sino todo lo contrario, por lo que a sus ochenta años, el causante había decidido casarse con la demandada, que aquí contesta a la demanda. 5) Tiene *difícil acreditar* respecto de las primeras nupcias del causante con su primera esposa, *si los cónyuges habían ganado o no la vecindad catalana*; que parece ser que el marido había considerado *preferible* que todos los bienes de su patrimonio estuvieran *a nombre de su mujer* y acogerse a la legislación catalana, haciendo *testamento mutuo* entre ambos esposos de los bienes existentes en el patrimonio familiar, *de manera que, en definitiva, la totalidad de los bienes adquiridos por doña... tenían el carácter*, que por imperativo legal le pertenecían, *de bienes gananciales*. 6) Que al fallecer el causante debía procederse a la liqui-

dación de la sociedad conyugal de gananciales y a la adjudicación de la mitad de tales bienes a favor del causante de la aquí demandada, sobre cuya mitad indivisa debió operar únicamente la pretendida reserva binupcial en que se ampara la demanda. 7) Que, en cuanto a la parte de bienes de la demandada, a excepción de los bienes afectos a la legítima, su disposición «mortis causa» por el causante era y es libre. 8) Que los preceptos de la Compilación de Cataluña no rigen en este caso, ya que, en el supuesto de que fueran reservables los bienes, lo serían por otros preceptos. 9) La conducta del causante evidencia precisamente que él se consideraba titular único de todos los bienes, de manera que la validez de la donación en capitulaciones matrimoniales al contraer segundas nupcias era perfectamente válida por hallarse dicho matrimonio sujeto al Derecho foral catalán. 10) Que respecto a los bienes muebles mencionados como sujetos a la reserva, aporta documentos del causante, en orden a las alhajas reclamadas, que habían sido distribuidas en favor de su segunda esposa como donación «mortis causa». 11) Negaba el carácter de reservable de la finca vendida por la demandada al señor Llull, y que la venta fuera por precio vil, ni que existiera mala fe, ni que el tal señor fuera hombre de paja. 12) Conforme al artículo 1.448 del Código Civil, las reparaciones en bienes peculiares al marido o a la mujer no eran de cargo de la sociedad de gananciales, y acreditaba que el causante había invertido a su cargo en los bienes de la herencia enormes cantidades de dinero al objeto de repararlos, y en su caso mejorarlos, lo que pone de relieve en vía de presunción, lo que indicaba en orden a la titularidad real del causante y lo que servía para formular petición subsidiaria de derecho de retención en favor de la demandada en su condición de heredera del esposo, amparando tal petición en el *usatge* «*si quis in alieno*», base del artículo 278 de la Compilación de Cataluña, que establece un derecho de retención en favor del que hubiera edificado de buena fe. Después de invocar los fundamentos legales, *súplica* se dicte sentencia absolviendo libremente de la demanda, de las peticiones en ella formuladas, y, subsidiariamente, declarar que a favor de la demandada existe, en su condición de heredera universal del causante, además de los propios en su concepto de viuda, los derechos derivados del derecho de retención del artículo 278 de la Compilación de Derecho civil catalán, fijando a tales fines la cuantía del precio de los jornales y materiales invertidos, la suma de 3.000.000 de pesetas. Con condena en costas a la parte actora.

● Por el demandado señor Llull se contestó a la demanda, oponiéndose en los siguientes hechos: 1) Que el demandado no conocía al tiempo de consumarse la venta a la señora Urchaga demandada. 2) Que la finca vendida se hallaba ocupada por un *inquilino*, a quien tuvo este demandado que hacerle ciertas compensaciones. 3) Que resulta absurdo se le demande; que había, además de ésta, otras ventas, otras muchas compraventas, otorgadas por el finado, que no impugna la parte actora. 4) Que el demandado ostenta la condición de *tercero hipotecario* y tiene a su favor la presunción de la buena fe, ya que adquirió bajo fe de Notario la finca referida de una persona, la señora Urchaga —demandada que aparece como titular registral de la misma—, sin que conste en el Registro anotación o reseña alguna de la que pueda deducirse alguna inexactitud registral. 5) Que aun en el supuesto de que se declarara resuelto el derecho de la otorgante, la seguridad jurídica impide que ello afecte al demandado, criterio susten-

tado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, ya que en su caso se dan todas las circunstancias para que opere la *protección registral*. 6) El *precio satisfecho* fue el de 250.000 pesetas, *valor en venta* que tenía la finca al tiempo de la venta, y en las condiciones de *ocupación* en que se hizo. 7) Además, resulta que la *actora carece de legitimación activa* para accionar, al amparo del artículo 323 de la Compilación de Cataluña, ya que *no* es heredera de la vendedora, y tratándose de *acción personal*, la *única* persona legitimada para interponer tal acción es la demandada señora Urchaga. 8) Que la *acción que se ejercita ha caducado*, puesto que han transcurrido con exceso los cuatro años a que se refiere el artículo 323 de la Compilación, ya que la caducidad es *a partir* de la fecha del contrato. Tras alegar los fundamentos legales, *suplica* se dicte sentencia por la que se absuelva al demandado de las peticiones de la demanda, declarando no haber lugar a la misma, e imponiendo las costas a la actora.

III. *Réplica*.—Por la parte actora, en el escrito de réplica, se hacía expresa referencia y se negaba el *derecho de retención* alegado por la demandada... (1).

IV. *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia*.—El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 1972, *estimando en parte* la demanda, *declaró*... (2) [*acepta* el Juzgado las peticiones contenidas en los apartados que antes he enunciado como A), B), E), F), y *rechazando*, en consecuencia, los que he señalado como C), D) y la petición subsidiaria en orden a la rescisión del contrato de compraventa, y rechaza también el apartado G) del escrito de ampliación de la demanda], y no dando lugar y rechazando los demás pronunciamientos solicitados, de los que se absuelve a los demandados, y *se absuelve al señor Llull* de todos los pedimentos contenidos en la demanda contra él formulados. *Sin condena* en costas procesales.

V. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—Contra la sentencia del Juzgado se interpuso recurso de apelación *por la demandada*, y *por la demandante en cuanto al extremo de la sentencia que no daba lugar al pedimento G)*, en el escrito de ampliación de la demanda, y *manteniendo la apelación en cuanto impone las costas al desestimar la demanda contra el señor Llull*. No comparecieron en apelación los demandados señores Llull y Miró. La Audiencia *confirma* la sentencia del Juzgado *en todas sus partes*, *a excepción* del pronunciamiento relativo a la imposición de la actora de las costas en cuanto al demandado señor Llull, *que se revoca*. Y no se hace expresa condena en costas en ninguna instancia.

VI. *Recurso de casación*.—Por la demandada señora Urchaga se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en los motivos siguientes:

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia recurrida infringe la doctrina legal por el

(1) Este dato se obtiene del *Considerando octavo* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

(2) Prácticamente el Juzgado *acepta la mayoría* de las peticiones de la demanda, de forma que aquí resumiremos aquello en que se separa.

concepto de violación, porque la falta de «litisconsorcio» necesario debe ser apreciada de oficio, por afectar al principio de veracidad de la cosa juzgada, que afecta al orden público, y argumenta en defensa de tal motivo (3)...: a) que *ejercitándose en la demanda una declaración de «reservables» de determinados bienes*, que forzosamente han de disminuir el caudal relicto, es evidente que en ello se hallan *interesados* los herederos testamentarios que no han sido convocados al procedimiento, y también están interesados los herederos del causante, a quienes afecta la sentencia, que tampoco han sido convocados; b) que *la actora, pese a postular en nombre e interés propios*, solicita un pronunciamiento relativo a la naturaleza de *reservables* de determinados bienes procedentes de la herencia de su padre, e incluso interesa que se le entreguen, *en su carácter de titular*, y *sin que en el proceso hayan intervenido los demás cotitulares*, con lo que la sentencia viene a causar *efectos de cosa juzgada, frente a personas... que no han sido parte en el proceso*; c) que al afectar la sentencia a los demás herederos testamentarios y legitimarios, que ni han sido convocados al pleito, ni han intervenido como actores, la sentencia infringe la doctrina legal referente al «litisconsorcio» pasivo necesario, que se invoca; d) que al pretender la actora la *nulidad* del testamento ológrafo de don..., *la demanda debía dirigirse contra todos los afectados* por tal declaración de nulidad, es decir, contra todos los afectados.

2.º Basado en el artículo 1.692, 3.º, de la Ley Procesal, por no contener el fallo declaración alguna sobre la *reconvención* formulada al contestar la demanda, sobre el derecho de *retención* que subsidiariamente alegaba como viuda para el supuesto de que no la absolvieran de las peticiones contenidas en la demanda... (4); «por tanto, la sentencia *al dejar de resolver* sobre tal reconvención implícita, *incide* en el ordinal 3.º del referido artículo 1.692, sin que pueda válidamente argüirse que el fallo, al silenciar ese extremo, lo está denegando implícitamente».

3.º Basado en el artículo 1.692 de la Ley Procesal, por infracción del artículo 359 de la misma Ley, porque la sentencia recurrida *no es congruente* con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, alegando la *Sentencia de 12 de abril de 1961* (5), y se señala como concepto de infracción que «la sentencia que se recurre no es congruente, porque *no ha resuelto* ni en un sentido ni en otro las pretensiones de esta representación presentadas en forma subsidiaria en el suplico de la contestación, y, *en cambio, ha resuelto* determinados extremos que afectan a *terceros* no intervinientes en el procedimiento (las sobrinas de la demandante)».

VII. *Sentencia del Tribunal Supremo*.—Siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, sienta la siguiente doctrina:

Considerando 1.º: Que *el presupuesto procesal del «litisconsorcio» necesario*, tanto en el aspecto activo —de los demandantes— como en el pasivo, *exige que el órgano jurisdiccional*, antes de entrar a resolver el

(3) Toda esta argumentación se extrae del *Considerando segundo* de la Sentencia del Tribunal Supremo: subrayados míos (J. C. G.).

(4) Argumentación extraída del *Considerando séptimo* de la Sentencia del Tribunal Supremo: subrayados míos (J. C. G.).

(5) Argumentación extraída del *Considerando noveno* de la Sentencia del Tribunal Supremo: subrayados míos (J. C. G.).

fondo del problema litigioso, compruebe si están o no en el proceso —o han sido llamados a él— todas las personas a quienes pueda afectar la relación jurídica de derecho material controvertido, con el fin de impedir que se condene a alguien que no ha sido oído y vencido en el juicio, y de evitar que se dicten sentencias que puedan resultar contradictorias en los pleitos que por separado hubieran de suscitarse; de ahí que, aunque no sea alegada por las partes en la fase procesal oportuna, la falta de ese presupuesto procesal deba ser apreciada por el Tribunal de oficio, si es que efectivamente se produce.

Considerando 2.º: Que en el motivo primero del recurso, se alega... (6).

Considerando 3.º: Que, con referencia a este motivo, conviene tener presente, en primer lugar, que la actora no formula sus pretensiones invocando su exclusivo derecho a los bienes reservables de la herencia de su padre, sino al contrario, fundándose en ser interesada en dichos bienes en unión de sus sobrinas doña... y doña..., y como cotitular con ellas; por eso dice: a) en el primer pedimento del suplico de su demanda, que el bien inmueble que refiere «tiene el carácter de reservable a favor de ella y de sus sobrinas»; b) lo mismo sostiene en los pedimentos 2.º, 3.º y 4.º; c) al solicitar la nulidad del prelegado, la funda en que «vulnera el carácter de reservable a favor de mi mandante y sus sobrinas»; d) al peticionar los bienes referidos al extremo 6.º, se apoya en que «tienen el carácter de reservables»...; e) al solicitar la entrega de bienes, los pide «como cotitular de los bienes reservables» (7).

Considerando 4.º: Que, en segundo lugar, hay que destacar que la sentencia impugnada, en congruencia con lo solicitado por la actora, tiene buen cuidado de puntualizar que los bienes reclamados «tienen el carácter de reservables en favor de doña... y doña...», y da lugar a los pedimentos contenidos en los párrafos letras A), B), C), D) y E), «condenando a tres de los demandados a que entreguen a la actora en su condición de reservista, el bien reservable X, en su condición expresada de cotitular junto con los demás reservatarios de tal bien sujeto a reserva» (8).

Considerando 5.º: Que, en tercer lugar, la jurisdicción (sic) tiene proclamado con reiteración que «cualquiera de los partícipes en la comunidad puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad, va para ejercitar sus derechos, ya para defenderlos, si bien la resolución que recaiga no perjudica a los demás partícipes si fuere adversa, aprovechándolos, en cambio, si les fuera favorable» (Sentencias de 8 de mayo de 1950, 26 de marzo de 1955, 19 de junio de 1964, 29 de septiembre de 1967 y 10 de diciembre de 1971).

Considerando 6.º: Que, en último término, y por lo que respecta a la pretensión de nulidad del testamento ológrafo, postulado en el escrito de ampliación de la demanda, es evidente que al razonar la sentencia recurrida (considerando 9.º de la de primer grado) que es improcedente, debe entenderse desestimada, y, por tanto, tiene que reputarse que la demandada carece de legitimación para recurrir contra tal particular desestimatorio, que ningún agravio le causa.

Considerando 7.º: Que en el motivo 2.º... (9).

Considerando 8.º: Que este motivo del recurso adolece de un grave de-

(6) Véase recogido en epígrafe VI precedente.

(7) Así viene subrayado este inciso en la propia sentencia.

(8) Así subrayado en la propia sentencia.

(9) Aquí el ponente recoge el motivo en forma expuesta en el epígrafe VI precedente.

fecto procesal que lo hace improsperable, pues no señala el precepto que se supone infringido —forzosamente tenía que invocarse como tal el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según reiterada jurisprudencia—, ni tampoco el concepto de la infracción; pero es que, además, conviene destacar con referencia a él: a) que la demandada se aquietó con la providencia de 2 de julio de 1971, que tuvo por contestada la demanda y ordenó dar traslado de tal contestación a la demandante, por diez días, para réplica; b) que la actora, al replicar, impugnó tal derecho de retención, alegando lo que creyó oportuno en relación a él; c) que la sentencia de primer grado —que fue aceptada en todo por la de apelación, salvo en el particular de costas—, en el décimo considerando razona la improcedencia de acoger esa pretensión, exponiendo diversos argumentos para justificar tal pretensión; d) que, aunque en la parte dispositiva de tal sentencia no se refleja esa denegación, la parte demandada no pidió aclaración sobre ese extremo, que, al no ser acogido, hay que entenderlo denegado, porque aquel considerando es predeterminante del fallo en tal particular.

Considerando 9.º: Que el motivo 3.º del recurso (10)...

Considerando 10.º: Que también en la formulación de este motivo del recurso se incurre en graves defectos procesales que imponen su desestimación, puesto que no sólo deja de señalar el número del artículo 1.692 de la Ley Procesal en que se ampara, sino que, además, omite el concepto en que se supone cometida la infracción denunciada —violación, interpretación errónea o aplicación indebida—, defectos ambos tan trascendentales que cualquiera de ellos por sí solos sería bastante para la repulsa del motivo.

Considerando 11.º: Que la desestimación del motivo lleva consigo la condena en costas a la recurrente y la pérdida del depósito para recurrir.

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada.

J. C. G.

DEMANDA DE NULIDAD DE MATRIMONIO CONTRAÍDO DE BUENA

FE: Los efectos civiles en cuanto a cónyuges e hijo; patria potestad y tenencia del hijo menor; limitación al ejercicio de la patria potestad por motivos especiales.—BORNES v. FUENTES (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1975).

Nota.—El supuesto de hecho que subyace en este litigio se regula, después de la reforma de 1981, actualmente por el artículo 79 del Código Civil. Entiendo, no obstante, que sigue teniendo un enorme interés esta sentencia, aunque sólo fuera por el ejemplo del «precedente» y, además, y muy en especial, por lo que en las notas finales se dice respecto a los muy relevantes *aspectos sociológicos* que envolvieron este caso.

I. *Antecedentes.*—1) La demandante y el demandado habían contraído matrimonio en Oslo (Noruega) en 1965, y del matrimonio nació un hijo,

(10) Recoge el ponente el motivo en la forma expuesta en epígrafe VI precedente.

nacido en 1969, que fue *inscrito* en el Registro Civil del Consulado *como español* por el padre.

2) Las circunstancias acerca de estos hechos eran estimadas en forma totalmente discrepante por ambas partes, en cuanto a los *puntos* siguientes:

- En cuanto *al domicilio del matrimonio*: Para *la demandante*, el último domicilio del matrimonio fue en casa de los padres del esposo. Para *el demandado*, el matrimonio nunca había tenido su domicilio en España.

- Para *la esposa*, el demandado con su hijo *se ausentó* de Oslo en diciembre de 1970, sin que desde entonces se tuvieran noticias de su paradero. Para *el demandado*, lo que pasó fue que *se trasladó a España* para pasar las fiestas de Reyes y una temporada con sus padres, y luego se trasladó nuevamente a Oslo dejando al niño con los abuelos.

- *Desequilibrio del demandado*: Por parte de *la esposa* se aducía desequilibrio mental del marido, como se desprende de su extraña conducta y de las manifestaciones de los propios padres que temen por la seguridad de su nieto. Para *el demandado*, esto era rechazable, ya que nunca había sido incapacitado ni padecía desequilibrios mentales, ni *tampoco* sus padres habían realizado actuación alguna que corroborase dicha afirmación.

- *Auto en cuanto a la custodia del niño*: Por parte de *la demandante* se alegaba que por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de la capital, en auto de 1972, se confirió la *custodia* del hijo del matrimonio a la demandante, *compartiéndola* con la del abuelo paterno. Por parte del *demandado* se alegaba que dicho auto *fue anulado* y quedó *sin efecto* por otro dictado el 20 de octubre del mismo año.

3) La demandante había promovido *demanda* ante el Juzgado correspondiente de *Noruega*, que dio lugar a la separación, en la que se confiaba la *custodia* del hijo a la madre. Posteriormente intentó *la ejecución de sentencia* ante los Tribunales españoles, petición que había sido *rechazada* por no ajustarse a las normas procesales españolas, lo que dio lugar a la *solicitud de adopción de medidas provisionales* tendentes a la custodia del hijo, que si bien le fue *concedida*, fue *compartida* con los abuelos paternos mediante el *auto* antes citado de 28 de julio de 1972, posteriormente *anulado* por auto del Juzgado de Primera Instancia número 10 de 20 de octubre del mismo año.

La demanda terminaba con la *súplica* de que el Juzgado dictara *sentencia declarando la nulidad* del matrimonio de los litigantes, *con* condena en costas al demandado.

El demandado *contestó* y *se opuso* a la demanda, y tras las diferentes alegaciones que se han citado en esquema, termina con la *súplica* al Juzgado de que se dicte *sentencia declarando la nulidad* del matrimonio celebrado en Oslo, *confiando* al padre la patria potestad del hijo y *no dando lugar* a liquidación de la sociedad de gananciales ante los Tribunales españoles por venir entendiendo de la misma los Tribunales noruegos respecto a los únicos bienes existentes en dicha sociedad, radicantes todos ellos en la ciudad de Oslo.

Por parte del *Ministerio Fiscal*, se *contestó* la demanda *negando* los hechos de la misma por no aportarse ningún documento que acredite la personalidad de la parte actora, *proponiendo la excepción* de falta de legitimación activa de la actora, en relación con el matrimonio que se dice

celebrado en el extranjero, pero cuya existencia no consta en documento alguno. Tras los fundamentos y la excepción propuesta, concluye con la *súplica* de que se desestime la demanda.

II. *Sentencia del Juzgado*.—Por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de la capital, se dicta *sentencia el 3 de noviembre de 1973* (1), cuyo fallo, *estimando en parte la demanda, así como la contestación, declaró la nulidad del matrimonio* contraído en Oslo, concurriendo buena fe en ambos cónyuges al contraerlo, y *atribuyendo la patria potestad* sobre el hijo de ambos, por imperativo legal, al padre, correspondiendo al hijo por idéntica razón la nacionalidad española, y añadía «por los motivos especiales que concurren en este caso ha de quedar al cuidado del padre, que conserva la patria potestad». Y firme que sea la sentencia, producirá respecto de los bienes del matrimonio los mismos efectos que la disolución por muerte, habiendo de tenerse en cuenta *en el momento de su ejecución* la buena fe de los contrayentes. Todo ello *sin* condena en costas.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—Presentado recurso de apelación por parte de la actora, la Audiencia dicta *Sentencia el 24 de mayo de 1974* (2). La Audiencia afirma que el Juzgado omite la declaración de que el hijo de los litigantes deba quedar al cuidado de su madre —*que expresamente se pedía en el suplico de la demanda*—, ya que, aunque es verdad que en el 5.º considerando la sentencia *estima la procedencia* de que el hijo «ha de quedar al cuidado del padre, que conserva la patria potestad», lo cierto es que *en el fallo* o parte dispositiva de tal sentencia *silencia* ese esencial extremo. *La Audiencia sienta, en primer lugar, la regla general* de que en los casos de nulidad del matrimonio en que ambos cónyuges hayan obrado de buena fe, el hijo menor de siete años debe quedar al cuidado de la madre —que es lo que dispone el párrafo 5.º del artículo 70 del Código Civil—, y *después admite la excepción* a esa regla general, *pues añade* «a no ser que las peculiaridades del caso induzcan al Tribunal a regular la situación del niño, según su discrecional criterio», *que es lo que preceptúa el párrafo siguiente*. *La Audiencia, después, enfrentándose con el caso concreto que se le somete a decisión, vuelve a proclamar que de acuerdo con el principio «in favorem prolis» únicamente se debe privar* a la madre de los hijos menores de la edad indicada cuando los aludidos motivos especiales pongan de manifiesto que tal medida extraordinaria es beneficiosa para los mismos, por ser su bien el interés primordialmente tutelable; *pero al examinar las circunstancias de dicho caso, termina por afirmar que ello «no acontece en esta litis, por cuanto* la condición de extranjera de la madre *no ha de ser óbice... para que se le encomiende el temporal cuidado del hijo, aunque éste, como legítimo, se halle sujeto a la potestad expresada en el párrafo 1.º del artículo 154 del propio cuerpo legal»*. *La Audiencia dicta el fallo estimando el recurso de apelación* de la parte actora, y *revoca el fallo de la sentencia del Juzgado, en cuanto omite la declaración* que en éste se hace de «que el hijo de los litigantes debe quedar al cuidado de la madre hasta que aquél cumpla los siete años», *confirmando los restantes pronunciamientos* de la sentencia del Juzgado, *sin imposición* de costas.

(1) Esta argumentación se obtiene en parte del *motivo primero del Recurso de Casación*.

(2) Las argumentaciones que siguen se obtienen en parte de los *Considerandos tercero, cuarto y sexto* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

IV. *Recurso de casación.*—Contra dicha sentencia el padre demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, fundándolo en los motivos siguientes:

1.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 70, en relación con el artículo 73 del Código Civil. La sentencia de la Audiencia *confirma en un todo* lo pronunciado en su día por el Juzgado de Primera Instancia y *fundamentalmente en lo relativo a la patria potestad otorgada al padre. La única variante es en la parte dispositiva*, «que el hijo de los litigantes debe quedar al cuidado de la madre hasta que aquél cumpla los siete años», y ello en base a estimar que el fallo del Juzgado *omite declaración* sobre el particular. *Ratificada la concesión de la patria potestad al padre* por la sentencia de la Audiencia y *estimando* que en la del Juzgado se ha «omitido» pronunciamiento sobre la tenencia del hijo hasta el cumplimiento de los siete años, se ha producido la violación aquí denunciada, porque si bien el artículo 70, párrafo 5.º, del Código Civil establece..., el párrafo 6.º del mismo artículo y el artículo 73, párrafo 6.º, contienen *una excepción por motivos especiales. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia no omite provisión sobre el cuidado del hijo* habido en el matrimonio, *sino que hace constar* en el penúltimo de los considerandos *la frase* «por los motivos especiales que concurren en este caso ha de quedar al cuidado del padre, que conserva la patria potestad». Por tanto, *el juzgador no omitió la provisión del cuidado del hijo, sino que lo confió al padre por los motivos especiales concurrentes*, siguiendo lo preceptuado en los artículos cuya violación se denuncia; los *motivos especiales* no son el hecho de que la madre sea extranjera, sino también que la madre haya incurrido ante las autoridades españolas en fraude de Ley, exponiendo dolosamente unos hechos inciertos; intentando el rapto del hijo, oportunamente denunciado ante las autoridades, y aprovechándose de las distintas normas de procedimiento español burlando su respeto y cumplimiento a su capricho, lo que atenta contra nuestras normas procesales por ser materia de orden público.

2.º Basado en el artículo 1.692, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 70 en relación con el 73 del Código Civil. Motivo formulado con carácter *subsidiario* al anterior, y para el supuesto de que se estime que no se estaba en presencia de una violación de preceptos, sino, en su caso, de una interpretación errónea, lo que llevaría al mismo resultado de casación de la sentencia recurrida.

3.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de lo dispuesto en los artículos 70 y 73 del Código Civil, en relación con el artículo 155 del mismo texto legal, *siendo coincidentes ambas sentencias en confiar la patria potestad del hijo al padre aquí demandado, y siendo firme tal pronunciamiento al no haberse recurrido* por la madre actora, *al establecerse* en la sentencia de la Audiencia *que el hijo debe quedar en poder de la madre*, viola los artículos citados, que establecen, entre los *efectos* de la patria potestad, que el padre tiene el deber de tener a su hijo en su compañía, y *en cierto modo con tal fallo se viene a limitar el ejercicio* de la patria potestad concedida al padre. Si la custodia se entrega a la madre, es evidente que el ejercicio de la patria potestad quedaría limitado, razón, entre otras, que configura uno de los motivos «especiales», a que se refieren los artículos 70 y 73 del

Código Civil; *que tales motivos especiales son de apreciación de Juzgados de Instancia, por lo que no cabe a la Audiencia, sin otras probanzas, el alterarlos en forma alguna.*

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, expone la siguiente doctrina en los considerandos de la sentencia:

1.º *Que toda la temática del recurso gira alrededor de un solo problema: determinar si han concurrido o no motivos especiales que aconsejen alterar la norma general sobre la guardia y custodia de los menores de siete años, hijos de cónyuges cuyo matrimonio se declare nulo y contraído de buena fe por ambos, cuyo problema plantea el recurrente a través de tres diversos motivos, que en realidad constituyen una sola cuestión.*

2.º *Que el motivo 1.º (3)...*

3.º *Que la sentencia recurrida no comete la violación que en este motivo (se refiere al primero) se le imputa, sino, al contrario, tiene bien en cuenta lo que los preceptos invocados disponen, pues sienta, en primer lugar, la regla general... (4).*

4.º *Que después, enfrentándose con el caso concreto que se le somete a decisión, vuelve a proclamar la Audiencia que de acuerdo con el principio «in favorem prolis»... (5).*

5.º *Que si, pues, tiene en cuenta lo que de manera general dispone el artículo 70, y por apreciar que no concurren circunstancias especiales que aconsejen alterarla, se atempera a ella, no puede sostenerse fundadamente que la sentencia viola aquellos preceptos, aunque no los cita de manera expresa.*

6.º *Que, en último término, conviene destacar que está en lo cierto la Audiencia cuando afirma que el Juzgado omite la declaración... (6).*

7.º *Que el recurrente, demostrando sus vacilaciones respecto a la prosperabilidad de ese motivo (se refiere al 1.º), articula otro con igual amparo... (7).*

8.º *Que si no fuera bastante para la repulsa del motivo esa formulación subsidiaria y vacilante sobre el concepto de infracción que se denuncia, a igual resultado desestimatorio habría que llegar si se tiene en cuenta que se limita a enunciar el concepto, pero sin exponer la manera o modo en que, a su juicio, se interpretan erróneamente los preceptos invocados, lo cual por sí solo también inviabilizaría dicho motivo.*

9.º *El tercero y último motivo del recurso... denuncia otra vez la violación... (8).*

10.º *Que la patria potestad, en el concepto moderno que se atribuye a esta institución, es el conjunto de derechos (9) que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los debe-*

(3) El ponente resume en este lugar el *motivo primero del recurso* en forma sucinta: ver anteriormente en el epígrafe IV precedente.

(4) Ver la Sentencia de la Audiencia Territorial en el epígrafe III precedente.

(5) En este lugar el ponente se refiere a la argumentación de la Sentencia de la Audiencia; ver en el epígrafe III precedente.

(6) Se refiere a lo expuesto anteriormente en la Sentencia de la Audiencia: ver epígrafe III precedente.

(7) El ponente resume el *motivo segundo*, expuesto en el epígrafe IV precedente.

(8) El ponente resume el *motivo tercero*, expuesto precedentemente en el epígrafe IV.

(9) Así subrayado en la sentencia.

res (10) de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes instituidos todos no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo, entre los cuales nuestro Código Civil, en el artículo 155, señala los de alimentarlo, tenerlo en su compañía, educarlo, instruirlo, cada uno de cuyos deberes puede sufrir las determinadas limitaciones que los Tribunales juzguen convenientes en interés del menor y en atención a las circunstancias especiales de cada caso concreto.

11.º Que así entendida la función de la patria potestad, se comprende que tampoco este tercer motivo del recurso pueda prosperar: 1.º Porque la limitación que al ejercicio de la patria potestad del padre ha impuesto la sentencia recurrida, viene establecida de manera general por nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a los menores de siete años, y sólo por motivos especiales se puede alterar. 2.º Porque en el caso de autos, la sala de apelación estimó que no concurrían esos especiales motivos que podrían imponer esa alteración. 3.º Porque tampoco se acreditó por la vía legal correspondiente que hubiesen concurrido determinados hechos que pudieran ser constitutivos de esos motivos, y que, a pesar de ellos, la aludida Sala hubiese proclamado su inexistencia. 4.º Porque, como tiene declarado la jurisprudencia, «el recurso de apelación en nuestro sistema procesal se configura como una revisión del proceso de primera instancia, que tiene por finalidad comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario, examinando íntegramente la cuestión, y decidiéndola generalmente sobre la base del mismo material instructorio (Sentencias de 11 de octubre de 1905, 12 de abril de 1912, 26 de febrero de 1915, 6 de julio de 1961 y 31 de marzo de 1967), y por virtud de tal recurso, se devuelve al Tribunal que ha de decidirlo toda la jurisdicción que tuvo el Juez que dictó la resolución apelada» (Sentencias de 3 de diciembre de 1895, 29 de febrero de 1896, 20 de junio de 1907 y 3 de octubre de 1927). 5.º Porque, consiguientemente, la facultad jurisdiccional que los preceptos invocados otorgan al Juez del Tribunal de primer grado se entienden conferidos íntegramente a los de segundo grado, en caso de apelación, y, por tanto, la Audiencia estaba facultada para examinar y decidir si concurrían esos motivos especiales que podían imponer la derogación de la regla general, en el caso concreto que ella contemplaba, y al estimar que no habían concurrido, y aplicar la norma general, obró dentro de sus facultades, pues vino a sustituir, con plenitud de jurisdicción, al Tribunal de primer grado.

12.º Que la desestimación del recurso lleva consigo, por terminante prescripción de la Ley, la imposición de las costas a la parte recurrente.

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

Notas.—El presente supuesto de hecho y la sentencia que lo resuelve no han sido objeto de atención por parte de la doctrina civilista, aunque sí lo ha sido —y muy frecuente— en el ámbito de los medios de comunicación social, prensa, revistas de información general y espacios en televisión (el último, en mi recuerdo, en el espacio «ESTUDIO ABIERTO», con una crítica durísima del padre aquí demandado contra las autoridades gubernativas y judiciales).

(10) Así subrayado en la sentencia.

Es curioso que situaciones similares a las del litigio aquí presentado han solido ocurrir entre matrimonios de españoles y extranjeros, y muy concretamente *entre español y extranjera*. Dentro de dicho sector concreto, la reducción es mayor, ya que la realidad social apunta a ciertas dificultades de entendimiento entre español y extranjera *escandinava*. Es un aspecto curioso, muy a tener en cuenta en el plano sociológico, estudio, a mi modo de ver, hoy pendiente de hacer.

En cuanto a los aspectos estrictamente *jurídicos*, especialmente en el ámbito *civil*, apenas nada más que decir, ya que todos ellos se enmarcan dentro de los motivos especiales concurrentes en cada supuesto de hecho concreto que pudieran introducir una *limitación* a la regla general en materia de patria potestad. Aquí y en este litigio concreto, y *en tanto entonces como en la actualidad*, lo que parece debe primar en cualquier caso es el principio *in favorem prolis*, que reitera el ponente en su decisión. Más modernamente se ha importado del argot jurídico extranjero el principio, que es casi más sociológico que jurídico, *tout pour l'enfant*, al que uno de nuestros mejores maestros civilistas ha dedicado especial atención en fechas bien recientes (11).

J. C. G.

DEMANDA POR LOS PADRES DE DECLARACION DE FILIACION: *La entrega de una niña confiada en «prohijamiento» y el tipo de abandono de los padres reales; la confesión judicial; el abandono y la no adquisición de la patria potestad.*—**LA SUSPENSION Y LA EXTINCION DE LA PATRIA POTESAD:** *Nacimiento de la patria potestad y renacimiento, artículos 170 y 171 del Código Civil.*—**LA CONGRUENCIA.**—**PASCUAL y PEREZ v. CHAVERO y GIL** (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1975).

Advertencia importante.—Tras la reforma de 1981, el supuesto de hecho que dio origen a este pleito está regulado por el nuevo artículo 170 del Código Civil, equivalente globalmente a los anteriores artículos 170-171 del Código Civil. Sin embargo, considero que la reseña total es trascendente e importante, dado que *todo el trasfondo sociológico* —en íntima conexión con la consabida adopción— *sigue en la actualidad carente de adecuada solución legal*. De otra manera dicho, una sentencia *declara* una filiación *de la que no sigue* la adquisición de la patria potestad en virtud de una *presunción judicial* de que la situación del hijo *implica* un abandono: se establece, por tanto, judicialmente una causa *de no adquisición de patria potestad* por presunción de abandono. De ahí el enorme interés de esta sentencia, que la experiencia muestra se repite en el tiempo y en otro espacio o ámbito patrio.

I. *Antecedentes.*—Eran hechos probados del siguiente litigio:

- 1) Había nacido una niña en 1966, de padre no conocido, en la ciudad de X, siendo su madre soltera.
- 2) La niña fue temporalmente confiada al matrimonio constituido por los demandados.

(11) Véase Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN en *Familia y Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, páginas 171 y ss.

3) La madre de la niña y el verdadero padre —que al engendrarla era sacerdote—, tras la secularización de éste, contrajeron *matrimonio* a principios de 1970, *reconociendo a la niña por subsiguiente matrimonio* el 3 de abril de 1970. Por *requerimiento notarial* de 20 de julio de 1970 se reclamaba a los hoy demandados a la niña, según constaba en los documentos aportados al pleito con las copias notariales. Había habido una serie de intentos y gestiones por parte de los demandantes para recuperar a la niña.

4) Los ahora demandantes, ante el resultado negativo de las gestiones, acudieron primero a la autoridad gubernativa y posteriormente entablaron procedimiento *penal* (al parecer), resuelto por auto de la pertinente Audiencia Provincial en 1972, que declaraba que correspondía a los Tribunales de lo Civil el conocimiento de la reclamación formulada.

Los hechos discutidos en el pleito y con diferentes interpretaciones por ambas partes eran como sigue:

● *La condición de padres* de la niña que había sido confiada en prohijamiento por parte de los demandantes, derivada de la especial situación como sacerdote del padre, era negada por los demandados, en base a que el pretendido demandante se había autocalificado de tío de la madre de la niña, que era menor de edad en el momento que la conocieron los demandados; se hacía constar por éstos que las circunstancias especiales del caso hacen dudar «de la total moralidad, con indicio de racionalidad, y sería muy conveniente una profunda investigación de las conductas de ambos antes de decidir sobre una presunta normalidad familiar de quienes pretenden la propiedad (*sic*) de la niña, que fue entregada a los demandados para salvaguardar en aquella fecha la dignidad sacerdotal de don..., y la reputación de su supuesta sobrina doña..., menor de edad en aquellas fechas, y que hoy se la reclaman a los demandados como hija».

● Por los demandantes se hacía constar que la entrega de la niña en prohijamiento se efectuaba en virtud de la especial situación del padre y madre naturales hasta el momento de que el padre pudiera ser secularizado y se pudiera legalizar la hija por subsiguiente matrimonio, como efectivamente así sucedió. Por parte de los demandados se hacía constar que dicha entrega había sido toda una verdadera odisea, expresándose el itinerario que habían seguido los demandados hasta conseguir a dicha niña, itinerario que pasaba a través de un hermano del demandante que estudiaba filosofía en Alcalá, donde conoció a un sacerdote jesuita, quien les puso en contacto con otro sacerdote —el que luego sería aquí demandante— con el fin de adoptar el niño o niña que naciera de una supuesta sobrina del mismo llamada... —la aquí demandante—; que el contacto era a base de efectuar una obra de caridad; que se había hecho una gran alabanza del espíritu cristiano de los demandados; que se había entregado una cantidad de dinero para cuidar a la parturienta hasta que pudo salir del sanatorio; que se habían reunido con un oficial de la administración de justicia de la capital, etc., y otra serie de contactos, hasta llegar al prohijamiento de la niña entregada para su posterior adopción; que la entrega en prohijamiento supuso la crianza y educación de la niña con todo esmero, superior a la media de una familia obrera, que es la de los demandados, hasta que en 1970 empiezan los intentos por parte de los padres naturales de recuperar a la niña; los gastos ocasionados a los de-

mandantes son *cuantiosos, sin haber recibido cantidad alguna* para sustento, cuidado médico, asistencia y educación de la niña, que solamente ha sido *cuidada en base al trabajo efectuado por el demandado*; que los padres naturales *nunca habían visitado a la niña, y ni siquiera la conocían*.

Finaliza la demanda con la *súplica* de que se dicte sentencia: *declarando* que la niña... es hija legítima de don... y doña...; *declarándose* asimismo el derecho de dichos señores a cumplir los deberes que la paternidad les impone y principalmente el de la patria potestad que corresponde al padre, bajo cuyo cuidado y custodia debe estar la niña para la debida efectividad de esa patria potestad; *condenando* a los demandados don... y doña... a estar y pasar por esas declaraciones y a que entreguen a los demandantes la niña... que ilícitamente en su poder retienen.

Por parte de *los demandados*, tras las alegaciones antes reseñadas, se termina su *contestación* a la demanda con la *súplica* de que se dicte sentencia absolutoria declarando no haber lugar a las pretensiones del actor, con expresa imposición de costas por su mala fe y temeridad procesal.

Por el *Ministerio Fiscal* se contestó a la demanda y se negaron los hechos de la misma hasta tanto no fueran probados, y solicitando recibimiento a prueba.

El *Juzgado*, con *suspensión* del término para dictar sentencia y *para mejor proveer*, *acordó aportar informes* a emitir por los Tenientes de Alcalde y Comisario Principal Jefe de Policía del Distrito correspondiente del domicilio de los cónyuges demandantes en... *sobre si los actores vienen o no observando una conducta moral normal, pública y privada, y si están bien contemplados públicamente, si disponen de ingresos suficientes para atender decorosamente a su hija de siete años en la satisfacción de todas sus necesidades alimenticias en sentido amplio y de educación e instrucción, si han contribuido económicamente en absoluto en los gastos de educación e instrucción de dicha niña desde que fue confiada su custodia a los cónyuges demandados y si ni siquiera se han preocupado de ver en ninguna ocasión a su hija desde la fecha de su entrega a los demandados hasta el día de la fecha, concretando su caso las veces y ocasiones en que visitaron y se entrevistaron con su hija*. También el *Juzgado* acordó practicar *prueba de confesión judicial* bajo juramento indecisorio *de los demandantes*, a tenor de las posiciones al efecto formuladas, librándose el correspondiente *exhorto* al *Juzgado Decano* de... En el mismo proveído se acordó dirigir *otro exhorto* al *Juzgado* de... *para que en relación a las diligencias indeterminadas en 1971* —tramitadas en el *Juzgado* número 13 de Madrid— *fueran desglosadas y unidas al exhorto para su incorporación a los autos, las cartas originales suscritas por los demandantes, exhorto debidamente cumplimentado al Juez Decano de Madrid y sin que fuera devuelto*, no obstante el requerimiento efectuado, por lo que el señor *Juez* *alzó la suspensión* de los autos, que quedaron así listos para dictar la resolución procedente.

De la referida *prueba de confesión judicial* resultaba que el *demandado*, en las posiciones 2.ª, 3.ª y 5.ª, reconoce que es cierto que al principio escribieron a los padres reales algunas *cartas* sobre el estado y marcha de la niña; que es cierto que en cuanto le concedieron la secularización a don... les fue *pedida* la niña; que es cierto que no quiso don... (refiriéndose al padre real) *firmar* lo relativo a la adopción. *La demandada* también corroboró lo que había dicho el marido, y en la posición 3.ª dijo ser

cierto que al principio cumplieron con la obligación de dar noticias, a la que no faltaron hasta que les fue reclamada la niña al concederse la secularización al padre real, y que dejaron de informar sobre el estado de la niña bastante antes de 1969.

II. *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado correspondiente de Primera Instancia dictó sentencia en 1973 con el siguiente fallo: que *estimando* sólo de manera *parcial* la demanda de don... y doña..., contra don... y doña... y el Ministerio Fiscal, *debo declarar y declaro* que la menor... inscrita en... es hija legítima de los demandantes, en virtud del reconocimiento y subsiguiente matrimonio de ambos; *se declara* el derecho-deber que a los demandantes corresponde de cumplir los deberes derivados de la patria potestad; *se desestima la pretensión* tendente a *condenar* a los demandados a entregar dicha niña a sus legítimos padres por las razones que se aducen en la fundamentación jurídica de esta sentencia, debiendo las partes litigantes estar y pasar por estas declaraciones, *sin* hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes, por inexistencia de temeridad ni mala fe.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte demandante, la Sala correspondiente de lo Civil de la Audiencia Territorial dicta sentencia en 1974, en la que hace una serie de argumentaciones (1). Declara la sentencia de la Audiencia *como hechos probados* «que los padres abandonaron a su hija en poder del matrimonio recurrido, para liberarse aquéllos de los deberes y cargas que su guarda implicaba, hasta el punto de que no la han vuelto a ver ni la conocen, ni han cumplido ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad ni satisfecho ningún gasto de la niña, de la que se hicieron cargo los demandados con el firme propósito de adoptarla, según les prometió el padre y aquéllos creyeron fiados en su condición de sacerdote»; también afirma la Audiencia «que *la situación* de abandono en que los padres han tenido a su hija *es obstáculo suficiente* para que adquirieran la patria potestad por el solo hecho de la legitimación», y dice también que «si el abandono de la menor es *causa de pérdida* de la patria potestad cuando ya se disfrutaba de ella, *con mayor motivo lo será para no adquirirla* respecto a quien se tiene abandonado»; y la misma resolución de la Audiencia, después de *reconocer su incompetencia* para conocer el supuesto abandono, proclama *su competencia* para resolver si esa situación de abandono es obstáculo suficiente para que adquieran la patria potestad.

La sentencia de la Audiencia contiene el siguiente fallo: que, *confirmando en parte y en parte revocando* la sentencia apelada, *la confirmaremos —en cuanto* estimando parcialmente la demanda interpuesta... *declaró* que la menor... es hija legítima de los demandantes en virtud del reconocimiento y subsiguiente matrimonio de ambos—; y *la revocamos —en cuanto declaró* el derecho-deber de los demandantes de cumplir los deberes derivados de la patria potestad—; y *desestimamos* el resto de los pedidos formulados a la demanda, de los que absolvemos a los demandados; *sin* expresa imposición en costas en ninguna instancia.

(1) Estas argumentaciones se extraen de los *motivos primero y tercero* del recurso y de los *Considerandos tercero y cuarto* de la Sentencia del Tribunal Supremo.

IV. *Recurso de casación.*—Por parte de los demandantes se interpone recurso de casación por infracción de Ley amparado en los siguientes motivos:

1.º Basado en el artículo 1.692, número 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial y documental, con infracción de los artículos 1.232 y 1.218 del Código Civil (2).

El motivo parte de la *consideración* de la sentencia recurrida, antes aludida, de que «si el abandono de la menor es causa de pérdida de la patria potestad cuando se disfruta de ella, con mayor motivo lo será para no adquirirla respecto de quien se tiene abandonado». Este párrafo encierra un *juicio valorativo y una conclusión*. Por tanto, es importante estudiar la conclusión a que llegó el Tribunal en lo relativo a la existencia del abandono. El recurrente se refiere a *la figura del abandono* como una figura polivalente dentro del Derecho, inserta tanto en el ordenamiento penal como en el civil, y —dentro de cada uno de ellos— con configuraciones y efectos distintos; se refiere a los *aspectos jurídicos* del abandono, en especial a los aspectos *penales*, estudiando las figuras del abandono de familia y el abandono de niños, distinguiendo que el abandono *de familia* es un delito por omisión, y el abandono *de niños* es un delito por acción, entendiendo que *la premisa inicial*, tanto en la acción penal como en sus efectos, es la de que habrá que estudiar las circunstancias anteriores coetáneas y posteriores al hecho del abandono, supuesto que por propia naturaleza los efectos a producir serán distintos en cada caso. A continuación examina los *aspectos civiles del abandono*, diciendo que no aparece mencionado en precepto alguno del Código Civil (a excepción del art. 756, número 1.º, como causa de indignidad para suceder), de manera que los efectos de abandono *hay que deducirlos* de textos del mismo Código en que se contemplan situaciones antisociales o antifamiliares, pero el abandono como tal *no aparece* de manera expresa contenido en nuestro Código Civil; tal omisión induce al recurrente a creer que el legislador entendió más certero y eficaz *no emplear el término abandono*, reforzando la preeminencia penal del mismo, con lo que ello supone de ejemplaridad y temor; entiende que *el propósito del legislador* se dirigió fundamentalmente a *prever* una serie de actuaciones antisociales o antifamiliares estableciéndoles efectos de puro y estricto sentido civil, huyendo el legislador del número *ex clausus*, consciente de la imposibilidad de abarcar todos los variadísimos eventos posibles y *prefiriendo dejar su apreciación y efectos a la libre apreciación de los Tribunales*, función interpretativa valorativa de los Tribunales que debe ser *con obligado respeto* a las normas relativas a la prueba procesal sancionada por las Leyes civiles.

Examina *las formas del abandono*, cuales *la exposición* (abandono propiamente dicho) —que supone la ruptura total completa y efectiva de la relación paterno filial, cuya característica fundamental es que se ignore la identidad de los padres y es su secuela inmediata el desprendimiento generalmente anónimo de la criatura (el clásico supuesto de la entrega a través del torno en inclusas)—, *la expulsión* o separación del hijo mediante lanzamiento fuera del hogar y *la extrañación* o dejación de deberes

(2) Este motivo es *extensísimo y de una gran importancia*, siendo muy difícil su resumen, que se intenta aquí seguidamente.

de la patria potestad, que es un ejercicio incompleto o insuficiente de los derechos-deberes de la patria potestad. Esta distinción de formas quedaría incompleta si no se consigna el *encaje* de cada una de ellas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La *exposición* entiende que constituye delito y queda inmersa en el Código Penal; la *expulsión* genera algunos efectos civiles y a veces penales; y en cuanto a la *dejación de deberes o incumplimiento defectuoso de éstos por los padres*, distingue: o bien *que aquéllos aparezcan casuísticamente consignados* en nuestro Código Civil, que a la vez determina sus efectos (arts. 171, 756 y 854 del Código Civil), o bien *toda clase de incumplimientos* o incumplimiento defectuoso de los aludidos deberes paternos. Aquí es donde juega la facultad discrecional que está atribuida a los Tribunales de Justicia. *Es en este apartado último donde tiene su encaje el supuesto que contempla el presente recurso.*

Aquí los recurrentes estudian el *encaje del supuesto de hecho* y entienden que no procedieron a la exposición de la hija ni a la expulsión de la niña, y *si procedieron, aunque de manera defectuosa, al cumplimiento* de sus deberes de padres, y *los cumplieron* al efectuar el *reconocimiento* de la niña tan pronto fue secularizado el padre y se celebró el matrimonio, y *los cumplieron, aunque de manera defectuosa, al preocuparse* por ella, y ante la situación personal de ambos, los cumplieron al preocuparse para atender a sus necesidades, *aunque dicha atención no fuera directa, aunque fuera defectuosa. Se encuentran, por tanto, inmersos en la tercera forma del abandono* y no por no cumplir los deberes, sino *por hacerlo defectuosamente. No se trata del hecho de poner en peligro* la vida de niños que se exponen, se expulsan o se extrañan. *La puesta en peligro* puede ser diversa en sus formas y efectos, y al distinto grado de gravedad en que se pueda presentar el peligro la Ley asigna también efectos igualmente distintos. *No se puede hacer o dejar de hacer todo aquello que ponga en peligro la vida de un hijo. A sensu contrario* existe en los padres el deber de adoptar todas aquellas medidas conducentes a asegurar —dentro de los limitados alcances humanos— la existencia de sus hijos. Este es el *fin último* al objetivo buscado por la Ley. *Lo mismo cumple sus deberes* el padre que tiene en el hogar a su hijo que el que lo tiene interno en un colegio, *el que lo tiene junto a sí* que el que lo entrega a personas e instituciones. *Lo fundamental estriba en que los padres adopten las medidas y actúen con una diligencia* tal que los hijos no sufran privaciones o no queden en situación de peligro. Es evidente que *la entrega de la niña* en prolijamiento y su recepción *se hizo con la finalidad implícita* de que se la cuidara y atendiera debidamente, *lo cual excluye* las figuras de la exposición y de la expulsión, *no habiendo habido abandono en su sentido más amplio* por parte de los recurrentes. *Aquella diligencia, aquel deber fundamental* de todo padre de evitar poner en peligro la vida del hijo *está absolutamente cumplido. No ha habido abandono* con la entrega y recepción recíproca, por no existir peligro para la vida esencial que califica la figura del abandono.

Seguidamente examina *la consideración de la sentencia recurrida* de que «la entrega de la niña se efectuaba *con el designio* de liberarse de los deberes que su guarda implicaba». Examinan *el alcance de dicho designio* y de *si* se trataba de liberarse de los deberes de la patria potestad *para siempre o sólo circunstancialmente*; pasan revista a todas las gestiones y contactos, actuaciones notariales, judiciales, etc., hechos suficientemente

expresivos de que *el designio* de liberarse estaba *circunscrito o condicionado* a que se les resolviera la *situación* creada a los padres por el nacimiento de la hija, habida cuenta de la condición de soltera de ella y de sacerdote de él. Condicionamiento que se podrá juzgar con más o menos dureza, pero *de lo que no hay duda es que las circunstancias de ambos imposibilitaba una actuación normal y les planteaba serios problemas*. Resueltos dichos problemas, *el ritmo de ejecución* no puede ser más acelerado, con el matrimonio, reconocimiento de la niña, reclamación, etc. Seguidamente se refieren los recurrentes a la *confesión judicial* y a las *posiciones* prestadas por los demandados y aquí recurridos, *de las que no se recoge absolutamente nada en la sentencia recurrida*. Por tanto, entiende el recurrente que se han vulnerado las normas sobre *valoración de la prueba*, al no otorgarse la prueba de confesión judicial la eficacia que reconoce la Ley en el artículo 1.232 del Código Civil y Sentencias de 5 de junio de 1965, 5 de febrero de 1970 y 4 de noviembre de 1963, llegando *el Tribunal de Instancia* a las conclusiones justamente contrarias a la resultancia de las confesiones judiciales; confesiones afirmativas de los recurrentes no han hecho prueba contra sus autores, según ordena el artículo 1.232, que se invoca como vulnerado.

Se entiende que en la apreciación de la prueba *la valoración queda atribuida al juzgador*, pero es en este caso donde el juzgador no puede desconocer el valor que la Ley señala imperativamente a determinada prueba, ya que el juzgador es el primero obligado a respetar el valor que el artículo 1.232 concede a la confesión, ni tampoco el Tribunal *a quo* valoró la prueba en su conjunto, ya que precisamente en el caso que contemplamos no hubo apreciación conjunta de la prueba; y ello implica precisamente, como proclaman las Sentencias de 12 de marzo de 1958 y 11 de mayo de 1966, que «*existe omisión del resultado de la confesión por el juzgador de Instancia en la enumeración de los medios de prueba tenidos en cuenta por el fallo, sin apreciación de prueba en conjunto*», *lo cual constituye error de Derecho*, ya que establece esta Sala que «*se incurre en dicha infracción cuando la Sala sentenciadora no tiene en cuenta la confesión de la parte*». *El criterio que el recurrente entiende debe prevalecer* es el del artículo 1.232 del Código Civil y la doctrina de esta Sala establecida en la *Sentencia de 4 de marzo de 1966*, que dice que «*el error de hecho requiere: primero, que en autos se haya practicado determinada prueba; segundo, que ésta tenga asignada por disposición legal específica un valor especial absoluto; tercero, que en contra de tal regla valorativa se haya afirmado un hecho contrario del que era obligado reconocer en virtud de la aplicación de dicha norma probatoria*». *Dichos tres supuestos se dan en el caso que contemplamos*, y de ahí la *procedencia* del presente motivo.

No debe olvidarse que *el Juzgado* de Primera Instancia valoró la prueba en su conjunto y proclamó en su fallo que «*se declara el derecho-deber que a los demandantes corresponde de 'cumplir con los deberes derivados de la patria potestad'*», fallo que había *revocado* la Sala de la Audiencia en la sentencia aquí recurrida. *Lo mismo cabe deducir de los documentos aportados*, que hacen prueba afirmando un hecho contrario al que era obligado reconocer en virtud del artículo 1.218, *acreditando justamente lo contrario de la figura del abandono*, que es el fundamento de la sentencia recurrida, a cuyo resultado se llega olvidando el carácter obligatorio impe-

rativo de los artículos 1.218 y 1.232 del Código Civil y en virtud de los cuales procede la estimación de este motivo.

2.º Basado en el artículo 1.692, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida de los artículos 167, 169, 170 y 171 del Código Civil (3). El artículo 154 del Código Civil (redacción de 1889) atribuye la patria potestad al padre o, en su caso, a la madre. Es obvio que tal potestad *nace* desde el momento mismo en que al nuevo ser se le tiene por persona, naturalmente que esto es referido a los *hijos legítimos*, en tanto que a los *hijos naturales reconocidos* la patria potestad la adquieren los padres que adquieren el reconocimiento *desde* el momento mismo en que se produce el reconocimiento. Entiende el recurrente que *esta cuestión es sumamente importante en el presente litigio*, y de aquí que trate de examinarla sistemáticamente, procediendo al análisis del nacimiento, extinción y suspensión de la patria potestad en los supuestos de filiación natural reconocida, y examinando el reconocimiento y los derechos del hijo tras el reconocimiento y las obligaciones correlativas de los padres: todo ello en la forma que se extracta seguidamente.

En orden al *nacimiento de la patria potestad* en los hijos naturales reconocidos, recorre históricamente a grandes rasgos los momentos anteriores al Código Civil, y a partir del Código Civil, el reconocimiento se transforma en un *medio de conferir a los hijos naturales un estado de filiación: el de hijo natural reconocido*; este estado o *status filii* genera una serie de derechos y deberes parejos a los producidos en la filiación legítima, *status* que exige un análisis muy concreto en orden a su *naturaleza jurídica* por constituir elemento importante a los efectos de esta casación.

Plantea la *naturaleza jurídica del reconocimiento*, distinguiendo el reconocimiento-confesión del reconocimiento-admisión, distinción en la que no vamos a entrar. En el reconocimiento existe *una declaración de voluntad* tendente a proclamar una relación paterno-filial capaz por sí misma de crear un estado al que la Ley asigna un conjunto de derechos y deberes. *Esto es muy importante a los efectos del presente recurso. Es la Ley y no la voluntad de la parte la que crea tales derechos y deberes. En definitiva, la paternidad presupone siempre una relación biológica, pero no siempre una relación jurídica.* Por tanto, los efectos del reconocimiento se producen *ex lege* y no *ex voluntate*. A la voluntad privada no se puede reconocer otro poder autónomo que el de dar vida a una declaración de paternidad. El efecto —derechos y deberes— *se produce porque se reconoció*, independientemente de que aparezca o no como querido por el sujeto. Derechos y deberes, por otra parte, que constituyen el *contenido propio* de la relación paterno-filial surgida con el reconocimiento.

Examina los *derechos posibles que confiere al hijo el reconocimiento*: así el *derecho* inexorable, aspiración natural del hombre, a *conocer su propio origen* (alude a que no hay mayor abandono que el no reconocimiento por los padres, pudiendo legalmente hacerlo); *derecho a su «status»*, que es el primer derecho que el reconocimiento confiere al sujeto pasivo, investirle de un estado especial, el estado de hijo natural reconocido con el haz de derechos que le atribuye (al nombre, patrimoniales, etc.); *derecho a la conservación y al desarrollo; derechos hereditarios* (en los que

(3) Este motivo también es extenso, no tanto como el precedente, y de una gran importancia en orden a su fundamentación, y se resume seguidamente.

no entra). Todos dichos derechos realmente *interesan* a los efectos del presente recurso, pero de todos ellos los que más importan son los que llama el recurrente de «conservación y desarrollo», que se abren en un amplio haz que recoge desde el elemental y primario de los alimentos a los de educación, pasando por los de custodia y tutela, derechos todos ellos del menor.

Correlativamente a tales derechos de los hijos hay obligaciones o deberes de los padres, contempladas en los artículos 122, 114, 143 y 155 del Código Civil. *Lo que no dicen éstos ni otros artículos del Código es la forma en que tales deberes deben ser cumplidos.* Lo que interesa al Derecho y al legislador es que los fines existenciales que protegen aquellos derechos-deberes se cumplan. Por ello, los padres *que entregan un hijo a personas particulares para que lo atiendan y cuiden*, nadie puede sostener que dejen *incumplidos* los derechos-deberes que la patria potestad les confiere, ya que *el verdadero fin perseguido por la Ley* es el de asegurar la subsistencia, desarrollo y educación de los niños. Ello es así, y en la práctica judicial se advierte —Sentencia de 3 de mayo de 1958— *la preocupación* de los Tribunales de que los repetidos fines existenciales se cumplan, aunque lo sean por personas distintas de los padres. Alimentación, guarda y educación indirecta *que no extingue* la patria potestad en los padres.

Examina, finalmente, *la extinción y suspensión de la patria potestad*, contenidas en los artículos 167, 168, 169, 170 y 171 del Código Civil, con supuestos tan claros que son *absolutamente inaplicables al presente caso*; de ahí que se invocan, y por este concepto precisamente, en este motivo. Se refiere a *la sentencia del Juzgado de Primera Instancia*. Se refiere a continuación a *la sentencia recurrida*, que *respeto la primera declaración* de la sentencia del Juzgado de que «la hija es hija legítima de los demandantes o recurrentes», *pero la revoca en cuanto declara* «el derecho-deber de los demandantes de *cumplir* con los deberes derivados de la patria potestad», y argumenta: que, ante todo, este motivo se articula en base al número *primero* del artículo 1.692 del Código Civil; que la patria potestad *se adquiere* por los hijos naturales reconocidos *en el momento mismo* en que el reconocimiento se efectúa; que el conjunto de derechos-deberes inherentes a la patria potestad *nacen por imperio legal* y no por voluntad de la parte, *automática y coetáneamente* con el nacimiento de la patria potestad; que *en el supuesto de este litigio* aparece recogido y admitido por la sentencia recurrida que los demandantes *reconocieron a su hija el 3 de abril de 1970, inmediatamente después* de obtener la secularización y contraer matrimonio, y *desde entonces* contaron con los derechos-deberes ínsitos a la patria potestad; que *ninguno de los artículos del Código Civil que se han citado permite establecer*, como base de la sentencia de la Audiencia aquí recurrida, que «si el abandono del menor es *causa de pérdida* de la patria potestad cuando ya se disfruta de ella, *con mayor motivo* lo será *para no adquirirla* con respecto a quien se tiene abandonado»; que según proclamó la *Sentencia de 23 de junio de 1965*, «no sólo la prioridad del reconocimiento concede la preferencia del derecho, sino que ello supondría la extinción de la patria potestad en supuestos distintos a los fijados en el artículo 167 del Código Civil, cuya ampliación no es lícita»; que *el perjuicio* que la sentencia recurrida causa a *la menor...* es incalculable.

lable (4), ya que *resulta que a la postre la sentencia recurrida deja a la niña totalmente inerte* en cuanto a los derechos que le confiere el artículo 155 del Código Civil. Porque, se pregunta el recurrente, ¿quién ostenta hoy por hoy la representación y legitimación procesal de la menor? Ni sus padres, ni el matrimonio demandado que la tiene en guardia, ni tutores, ni ¡nada!, es decir, nos encontramos con *un caso en donde una niña que tiene unos padres legítimos, legalmente no tiene quien la defienda. Laguna enorme* en la que no incidió el Juzgado de Primera Instancia. Por ello entiende indebidamente aplicados los artículos dichos del Código Civil.

3.º Amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no ser congruente la sentencia con las pretensiones deducidas en el pleito, citando el artículo 359 de la Ley Procesal Civil (5).

El recurrente resume los aspectos más importantes *procesalmente*, refiriéndose a demanda, a la contestación a la demanda, a las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Territorial (6). Se refiere a *los pedimentos* de la parte actora y de la parte demandada: la *parte actora*, en sus pretensiones, contiene una acción declarativa y otra de condena, aun expresadas por separado; en el fondo, la *declaración* del derecho que corresponde a los padres de cumplir con los derechos-deberes que impone la patria potestad, *es una consecuencia del reconocimiento* de la legitimidad que se pedía en el primer pedimento; en efecto, si se declara a la niña *hija* de los hoy recurrentes, lo que es tanto como investirlos a su patria potestad, es obvio que dichos padres *deben y pueden ejercitar los derechos* de esa patria potestad que reciben, *a menos que sean privados o suspendidos* en tal ejercicio. A estas pretensiones de los actores recurridos, *los demandados opusieron* que se dictara una sentencia absolutoria, *declarando no haber lugar* a las pretensiones de los actores. Por parte de la sentencia de Instancia y de la Sala, *si ambas sentencias hubieran sido totalmente absolutorias*, no se estaría en el presente motivo, ya que las sentencias —claramente absolutorias— condenatorias no son nunca incongruentes; pero en este supuesto, *la sentencia recurrida no contiene este requisito*: ni es plenamente absolutoria, ni es condenatoria, ya que accede al primer pedimento de la demanda y absuelve de los restantes, y precisamente *la incongruencia invocada surge de esa admisión parcial* de las pretensiones deducidas y debatidas en el pleito: si *se declara* que la niña *es hija legítima* de los actores, se les está reconociendo los derechos-deberes que la patria potestad lleva implícita, derechos-deberes de los que solamente pueden ser privados o suspendidos por los Tribunales. Ciertamente *esto es lo que hace la sentencia recurrida: privar o suspender* los derechos-deberes que la patria potestad confiere a los padres de la niña. Pero *¿quién es el que ha solicitado tal privación o suspensión* de la patria potestad? El *demandado* sólo pidió sentencia absolutoria *declarando no haber lugar a las pretensiones* de la demanda y *no ejercitó reconvención*. Por tanto, en estas condiciones, *privar a uno de los padres de los derechos de la patria potestad es incongruente* con lo pretendido por las partes.

La *sentencia de Instancia admitió no sólo el primer pedimento de la*

(4) Este dato es fundamental e importantísimo, y se señala aquí a los efectos consiguientes de la sentencia.

(5) Motivo de enorme extensión e importancia que se trata de resumir seguidamente.

(6) Puede verse anteriormente explicitada en forma resumida en los epígrafes I, II y III precedentemente.

demanda, sino también el segundo, por la razón apuntada de constituir consecuencia necesaria en el primero, y es por eso que la sentencia recurrida se ve precisada a adoptar en su fallo tres posiciones distintas: 1) Confirmar la de Instancia en la declaración de la niña como hija legítima de los hoy recurrentes. 2) Revocar dicha sentencia en cuanto declaró los derechos-deberes inherentes a la patria potestad. 3) Absolver del resto de las pretensiones oportunamente reducidas. Lo que lleva a sentar las siguientes conclusiones: a) la sentencia recurrida no es una sentencia que absuelva o condene plenamente, por lo que es inaplicable la doctrina jurisprudencial antes aludida de que las sentencias plenamente absolutorias o condenatorias no son nunca incongruentes; b) en el silogismo de toda sentencia, para resultar congruente, advertimos que la sentencia debió limitarse pura y simplemente a confirmar la resolución dictada por el Juzgado para declarar tales derechos-deberes, y negar después el ejercicio de alguno de ellos; siendo así se hubiera evitado la tremenda situación creada para la niña, condenada durante su minoría de edad a no tener representación legal alguna (7); c) alega diversas Sentencias del Tribunal Supremo (9 de octubre de 1935, 20 de diciembre de 1943 y 9 de abril de 1947), en orden a la congruencia y a los perjuicios que repercutan en los interesados, haciendo una relación de la situación delicadísima social en que vivieron los padres, la dignidad de no pensar en ello y asegurar la pervivencia y bienestar de su hija del único modo que creyeron adecuado, y de los perjuicios irrogados a la niña con la situación actual, con el marchamo de duda en cuanto a su filiación, con sus apellidos de personas con las que vive y con los otros apellidos una vez haya sido firme esta sentencia, con lo cual se enfrentaría a la terrible crueldad de experimentar las bromas y críticas del ambiente social, perjuicios de todo tipo que se podría evitar con otra decisión de los Tribunales; d) se les priva a los recurrentes o se les suspende del ejercicio de los derechos-deberes de la patria potestad, pero no se dice hasta cuándo, y en el Código Civil los padres pueden «recuperar» la patria potestad, como la puede recuperar una vida licenciosa, el adúltero, el divorciado o el separado, es decir, para todas dichas formas de privación o suspensión de la patria potestad hay una posibilidad de recuperación, bastando el simple perdón, rectificación de una vida, el arrepentimiento, etc., en tanto que para los hoy recurrentes no existe ninguna posibilidad de recuperación; e) señala distintas sentencias del Tribunal Supremo (20 de diciembre de 1943, 9 de abril de 1947 y 11 de mayo de 1951), en cuanto a los errores lógicos de la motivación o considerandos de las sentencias que demuestren el error del fallo, lo que permite argumentar en orden a la incongruencia de la sentencia recurrida partiendo de unos considerandos que han tenido una influencia decisiva y fundamental en el fallo, ya que la Sala de Instancia reconoce que ha de resolver o decidir, pero no sabe sobre qué, porque hay que decidir sobre si el supuesto abandono es obstáculo suficiente para adquirir la patria potestad; lo que ocurre es que nadie ha pedido a los Tribunales que resuelvan sobre si ese abandono es obstáculo suficiente para adquirir la patria potestad, nadie lo ha pedido, y el Tribunal «a quo» lo resuelve, incidiendo por ello en incongruencia, de la misma manera que incide en incongruencia al declarar que la niña es hija, y en el siguiente pronunciamiento no reconoce a los padres los derechos-deberes de la patria potestad implícitos al reconocimiento,

(7) Es importante este dato, como se ha puesto de relieve en la nota 4 precedente.

además de suspender o privar de algo preexistente, algo que existe previamente, ya que se les quita o se les desposee de unos derechos a los padres que hasta ese momento podían ejercitar; planteándose la problemática doctrinal y legal de la sentencia recurrida en la vida práctica, caso de no estimarse la casación, ya que se establece la simultaneidad del nacimiento de los derechos-deberes de la patria potestad con la aparición de dicha figura jurídica, y en base a dicha sentencia recurrida, se alteraría la doctrina del Código Civil, ya que a partir de ahora no sería la patria potestad a modo de investidura que reciben los padres al producirse el nacimiento de los hijos legítimos o al reconocimiento de los naturales, y frente a ello se alzaría la mantenida en la resolución recurrida por virtud de la cual la patria potestad no se adscribe o nace en los padres desde el momento del nacimiento, sino que sería necesaria previamente una declaración judicial que resuelva si existen obstáculos o no para que aquella patria potestad sea adquirida por los padres; y no se diga que esto sería la excepción, porque lo mismo significaría de revolucionario para el Código la admisión de esta tesis en forma general, como de excepción; f) en numerosas sentencias el Tribunal Supremo (20 de octubre de 1865, 28 de junio de 1861, 21 de febrero de 1913, etc.) ha declarado que, «en todo caso, la sentencia no puede tener declaraciones no solicitadas, ni contra quien no haya sido parte en el juicio», y la niña no ha sido parte del procedimiento habido en este litigio por su edad, porque para ser parte tenía que haber sido por representación legal, y nadie ha ostentado tal representación, y la sentencia contiene una declaración contra la niña, ya que la priva de una serie de derechos nacidos de la patria potestad. A la vista de lo expuesto resulta que en la sentencia recurrida se dan los supuestos contemplados por la Ley Procesal Civil y por la jurisprudencia de contener declaraciones cuando una persona física no ha sido parte en el procedimiento y no ha estado representada.

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Presidente de la Sala, don Tomás Ogayar y Ayllón, sienta la siguiente doctrina en sus considerandos:

1.º Que *el motivo 3.º del recurso que se resuelve —que por su materia debe ser tratado con prioridad—... denuncia... (8).*

Y *para desestimarlo es necesario tener en cuenta: que si bien invoca el artículo 359 de la Ley Procesal, no expresa el concepto en que lo considera infringido, defecto formal... que en este trámite, según reiterada doctrina jurisprudencial, se convierte en causa de desestimación; que la congruencia expresa conformidad entre la sentencia y las pretensiones deducidas en forma y razón adecuadas, atendiendo a la realidad de su contenido, por lo que, por modo general, no es incongruente el fallo que estima parcialmente las peticiones deducidas, y que en el desarrollo de este motivo se denuncia un exceso de poder «stricto sensu», por otorgarse, según el recurrente, más de lo pedido, lo que debería haberse denunciado por el número 3.º del artículo 1.692 y no por el 2.º utilizado, razones que imponen la desestimación de este motivo.*

(8) Verlo en el epígrafe IV precedente, aludiendo aquí el ponente en forma muy resumida a la denuncia de la infracción.

2.º Que en el 1.º... se denuncian... (9), pero sin precisar el concepto de esta infracción, omisión que, cual se razona en el precedente considerando, le hace perecer, y como, además, la apreciación de lo manifestado en confesión judicial corresponde al juzgador «a quo», que lo hace sin dividirla, en el considerando 5.º de la sentencia de Primera Instancia, aceptado expresamente en el 3.º de la recurrida, así como también valora los documentos que el motivo expresa con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.218 citado, es obligado el perezimiento de este motivo.

3.º Que el 2.º... denuncia... (10) y para su resolución hay que tener en cuenta: 1.º Que la sentencia impugnada declara procedente la legitimación de la menor por subsiguiente matrimonio de los padres. 2.º Que, ante los hechos probados que fija, declara... (11). 3.º Que este abandono es el determinante de la no adquisición de la patria potestad que la sentencia recurrida decreta.

4.º Que la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, como establecida en beneficio de los hijos, según declaran, entre otras, las Sentencias de 3 de marzo de 1950, 23 de junio de 1965, 18 de febrero de 1969 y 5 de octubre de 1973, y por ello cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo, cabe privar o suspender a aquéllos del ejercicio de la patria potestad ante la posibilidad de que el reconocimiento tardío esté influenciado por móviles interesados; pero la sentencia impugnada no decreta tal privación ni suspensión, ni por ello aplica los preceptos que este motivo invoca, dado que la base esencial del fallo es la afirmación de que «la situación de abandono en que los padres han tenido a su hija es obstáculo suficiente para que adquieran la patria potestad por el solo hecho de la legitimación», por lo que ni ha podido existir la aplicación indebida de los artículos que este motivo invoca, ya que no han sido aplicados, ni en todo caso los mismos no (sic) serían los infringidos y si los reguladores de la adquisición de la patria potestad, que no se citan, por lo que es obligada la desestimación de este motivo, y con él la totalidad del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No ha lugar al recurso de casación.

Notas.—En el momento de finalizar este resumen de la sentencia que antecede, pendiente de ultimar el pertinente comentario, no quiero dejarla sin añadir estas líneas a modo de enmarcado de la misma.

Lo primero que es observable es que la sentencia que precede no aparece recogida y destacada por ninguno de los especialistas de nuestro Derecho en la materia, que parecen haber pasado por ella sobre ascuas.

Quizá la explicación aparente es la peculiar situación personal de ambos padres naturales en el momento de ser engendrada la niña (él sacerdote, ella menor de edad), momento centrado en los años sesenta, en que la sociedad española era bastante menos permisiva que la de nuestros días.

Lo segundo a observar es que, en mi opinión, el gran tema subyacente

(9) Ver en el epígrafe IV precedente, aludiendo el ponente a la denuncia de los preceptos infringidos.

(10) Ver en epígrafe IV precedente, haciendo aquí el ponente un resumen de la argumentación del motivo.

(11) Ver tal declaración en argumentaciones de la Sentencia de la Audiencia Territorial, en epígrafe III precedente.

del litigio es —una vez más— el de la conocida *cadena de intermediarios* tendentes a una adopción. Pero de ello ya he escrito en esta misma *Revista* no ha mucho tiempo, y a ello me remito.

Lo tercero, e importante, es la excelente técnica y desenvolvimiento del *recurso* de casación, dirigido por el Letrado don Luis Vallterra Fernández, que plantea una serie de *cuestiones* de enorme trascendencia que por su interés he condensado en el encabezamiento y que son merecedoras de detenido tratamiento.

Con estas breves notas creo dejar centrado un apresurado planteamiento del supuesto de hecho de este litigio, de gran *valor sociológico* incluso hoy en día.

J. C. G.

DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL POR MALOS TRATOS: *Los malos tratos de palabra y de obra y la culpabilidad del esposo; la prueba de los malos tratos, la prueba testifical y la veracidad de lo declarado.*—RUIZ v. FERNANDEZ (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1975).

Nota.—El supuesto de hecho subyacente a este pleito se contempla en la actualidad, después de la reforma de 1981, por el artículo 82, 1.º, del Código Civil, en forma similar a la del anterior 105, 2.º, del Código Civil. Ello no obstante, se mantiene el interés de esta sentencia, aunque tan sólo fuera a los efectos de los «precedentes».

I. *Antecedentes.*—Por parte de la *demandante* se planteaba demanda de juicio declarativo de menor cuantía *contra su esposo* sobre separación matrimonial civil, y se establecían, en síntesis, los siguientes *hechos* (1):

1) Que la *demandante* y el *demandado* habían contraído matrimonio civil en 1935, habiendo tenido tres hijos, todos ellos actualmente casados y con vida propia independiente.

2) Se hacía constar por la *demandante* que poco después del matrimonio empezó a recibir *malos tratos de palabra y obra por parte del esposo*, «lo que había ido sufriendo con gran paciencia y resignación, mirando sobre todo por sus hijos y sobrellevando dicho problema» (*sic*); que al casarse el último hijo se tranquilizó la cosa, «pero después reanudó el esposo haciéndole la vida imposible de la más mínima convivencia, viéndose obligada a solicitar la separación por temor a su vida, ya que la ha amenazado con matarla y le tiene un miedo insuperable» (*sic*); desde hacía varios años, el esposo andaba con otras mujeres; que *otra de las causas* que le han impedido normalmente a pedir la separación *es el vivir con el matrimonio desde hace unos ocho años una tía carnal de la esposa*, viuda y sin descendencia, sin más amparo moral y material que el de su sobrina.

3) Que previamente había solicitado las *medidas provisionales* ante el correspondiente Juzgado, que por auto de 1973 le había concedido dichas medidas.

(1) Hechos que se extraen del Escrito de Demanda. Ninguna referencia en la sentencia acerca de la *Contestación* a la *demanda*.

Se suplicaba al Juzgado que previa la tramitación legal dictase sentencia *declarando*: 1.º La separación indefinida de cuerpos y bienes de los cónyuges, con todo lo demás inherente a esta situación de hecho y de Derecho. 2.º Inocente a la patrocinada y culpable al esposo. 3.º Que, en cuanto la sentencia sea firme, se proceda a liquidación y separación de los bienes de la sociedad conyugal, con independencia de los suyos propios, así como a su libre disposición y administración. 4.º Que el domicilio conyugal lo habite la esposa durante los días de su existencia. 5.º Que sea abonada por el esposo, en calidad de pensión alimenticia, la cantidad de 45.000 pesetas mensuales, en méritos a los ingresos habidos. 6.º Que el esposo satisfaga en concepto de «litis expensas» todos los gastos y costas que se produzcan en el procedimiento, incluidas la representación y defensa de la esposa.

El demandado compareció, *contestó y se opuso* a la demanda, oponiendo las *excepciones* de «litis pendencia», incompetencia de jurisdicción por inadecuación del procedimiento, y *oponiéndose, en general, a los hechos alegados* en la demanda.

II. *Sentencia del Juzgado*.—Previas las pruebas pertinentes —se había practicado la *prueba testifical*, en virtud de la cual constaba que una testigo había manifestado «ser cierto que le constaba de ciencia propia, por haber estado sirviendo en casa del matrimonio, y que había presenciado cómo en numerosas ocasiones el marido había pegado a la esposa, recordando una en que le produjo lesiones, por las que tuvieron que llevarla a la casa de socorro para que le asistieran de las mismas, y ampliando que fue al especialista de huesos» (2)—, el Juez, previas esas pruebas, dicta sentencia en 1974, en la que contiene la siguiente argumentación (3); «que si bien cuatro de los testigos que deponen... los malos tratos, que dos concretan en verbales, uno hace cuatro y otro hace nueve años, y uno más... asevera que se produjeron repetidos insultos y amenazas del marido a la mujer...». El fallo fue: que *desestimo la demanda* promovida por doña... contra su marido don... sobre separación conyugal, *en su integridad*, y de ella absuelvo al demandado. *Sin* expresa imposición de costas.

III. *Sentencia de la Audiencia Territorial*.—La Audiencia dictó Sentencia el 21 de diciembre de 1974, por la que, *desestimando la apelación, confirmó en todas sus partes* la sentencia apelada. *Sin* costas.

IV. *Recurso de casación*.—La demandante interpone recurso de casación por infracción de Ley en base a los siguientes motivos:

1.º Basado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas resultantes de actos auténticos o declaraciones obrantes en autos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

Entiende que el contenido de un *acta de declaración hecha ante un Juez* en presencia del Secretario no sólo es auténtica, sino documento público inclusive, en base a los artículos 1.216 y 1.221 del Código Civil, refiriéndose a las *manifestaciones de la testigo* antes aludidas, *de las que se desprende que no fue una fecha determinada la vez en que resultó mal-*

(2) Dicha referencia de la prueba testifical se extrae del *motivo primero* del Recurso de Casación.

(3) Se extraen estas argumentaciones del *motivo primero* del Recurso de Casación.

tratada la esposa de palabra y obra, *sino que en las distintas veces que ocurrieron durante el tiempo que estuvo al servicio de los cónyuges, fue la única que la esposa necesitó asistencia facultativa, sin que quiera decir que fue la única vez que la maltrató en ese sentido*, «lesiones —aclara— que consistieron en varias costillas rotas y desviación de columna vertebral». Error evidente el interpretarse en el considerando como *cosa relativa sin importancia* para que sirva de base a la separación solicitada por la esposa. Por consiguiente, la sentencia ha incurrido en *error de hecho*, por cuyo motivo se denuncia.

2.º Basado en el mismo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en la apreciación de las pruebas testificales practicadas, con infracción por violación de los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley Procesal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo denuncia el *error de Derecho* que comete la Sala sentenciadora al no apreciar la fuerza probatoria habida en autos, que demuestra de manera cierta las alegaciones en que el litigante funda sus pretensiones (Sentencia de 27 de junio de 1900).

3.º Basado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por infracción de Ley y de doctrina legal; por interpretación errónea del artículo 105, 2.º, del Código Civil, y doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de 10 de diciembre de 1932, 28 de noviembre de 1934 y 22 de junio de 1961.

Todo ello infringido, dado que *el espíritu de dicha causa segunda* del artículo 105 del Código Civil, concreta para la separación de los cónyuges, *basta con los malos tratamientos de obra o las injurias graves, concurrentes en el presente caso, según pasa a alegar, de hechos derivados del pleito y recogidos en la propia sentencia recurrida.*

V. *Sentencia del Tribunal Supremo.*—Siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, sienta la siguiente doctrina en los considerandos de la sentencia:

1.º Que *una extensa jurisprudencia* de esta Sala, que por repetida no es necesario citar, *tiene establecido* que «*en declaraciones de testigos no puede fundamentarse el error de hecho para amparar un motivo en el párrafo 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues aunque la fe del Secretario le confiera la calidad de 'documento público', como dice el recurrente, dicho Secretario sólo puede dar fe de que la manifestación del testigo ha sido pronunciada en su presencia, pero en manera alguna el fedatario puede responder de la veracidad de lo que ante él se diga, por lo cual tienen que decaer los dos primeros motivos de este recurso.*

2.º Que *igual suerte ha de correr el tercero*, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *pues al quedar firme la relación fáctica, este Tribunal tiene que suscribir el criterio de la instancia de que no reúne el caso las características necesarias para ser incluido en el párrafo 2.º del artículo 105 del Código Civil; se refiere el motivo —aparte de las cuestiones enteramente nuevas, en cuyo examen no se puede entrar en este momento procesal— a supuestos de hecho distintos de los sentados por la instancia después del minucioso análisis de cada una de las pruebas aportadas por una y otra parte al pleito; diciendo literalmente que lo único probado es que «no reinaba la mejor armonía en el*

hogar conyugal, sin otras consecuencias, y desconociéndose, por tanto, los resultados graves que de estas desavenencias pudieran derivarse, *no cabe apreciar* concurran en el esposo con el carácter de *culpable* las causas de separación».

Fallo.—*No ha lugar* al recurso de casación.

J. C. G.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

DERECHO FORAL CATALAN.—DONACION ENTRE CONYUGES.—CONVALIDACION.—PRESUNCION MUCIANA.—DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO.—IMPUTACION A LA LEGITIMA DEL DONATARIO.—Artículos 22, 23 y 132 de la Compilación (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, por la parte demandada y apelante, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que resulta el objeto de la «litis»:

Dictada sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona el 2 de diciembre de 1983, que confirmando en lo esencial la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de dicha capital, estimó sustancialmente la demanda presentada por doña M. y doña E. B. S., declarando que a cada una de ellas le correspondía, en concepto de legítima paterna, la suma de 17.489.693 pesetas, condenando al demandado, don J. B. S., al abono de la cantidad dicha con sus intereses legales desde el 27 de noviembre de 1968, así como al pago, también con igual devengo de intereses, de la suma que resulte en período de ejecución de sentencia «de todas las operaciones a que se refieren las dos sentencias de instancia y apelación»; dicha resolución es impugnada por el demandado.

El ordinal primero de los articulados en el recurso ha de perecer ante la consideración de que demandándose en él la violación del artículo 1.285 del Código Civil, relativo a la interpretación conjunta de las cláusulas obrantes en los contratos, se argumenta por el recurrente con la falta de enlace que el precepto exige, con lo que una vez patente que el precepto en cuestión no contiene el requisito que dice el motivo, éste deviene insostenible, y ello aun en la hipótesis de que se entendiese que hubo error por parte del recurrente en la cita legal hecha, que debió ser del artículo 1.253 y no del 1.285 referido, ya que tampoco así es discutible la conclusión sentada en la instancia, de que todos los bienes que figuraban a nombre de la esposa demandada, señora S., excepto un solar en Aiguafreda, «son donaciones del —fallecido— esposo computables en el caudal

relicto», ya que, según argumenta el motivo, no se tuvieron en cuenta los frutos de tales bienes, que la donataria hizo suyos sin que tuviesen que concurrir a atender cargas familiares, razonamiento inaceptable porque no solamente hace supuesto de la cuestión en punto a la no afectación, total o parcialmente, de los frutos dichos al levantamiento de las cargas familiares, dando también por válido el indiscutido tema de la suficiencia de los bienes del marido para atender a las exigencias y gastos ordinarios familiares, sino por la más importante consideración, que determina a la vez el perecimiento de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, igualmente apoyados de modo exclusivo en la pertenencia a la esposa donataria de los frutos de los bienes donados por el marido, de que la posesión de lo donado es un efecto que la legalidad civil catalana anuda no a la realización del negocio prohibido —donación entre cónyuges durante el matrimonio— y luego convalidado por muerte del esposo donante sin revocar el acto inicial, sino a la efectiva tradición de los bienes —artículo 22, párrafo 2.º, de la Compilación—, extremo que no aparece aceptado ni nadie se preocupó de acreditar en el pleito, cuya sentencia, de sentido contrario a la existencia de tales frutos, no puede ser objeto de impugnación tomando como base la posesión de los bienes que debieron producirlos, que es el tema que, como se ha dicho, nutre los motivos primero a cuarto inclusive, tanto más cuanto que a la falta de toda referencia a la entrega de la cosa donada, se une el dar también por supuesto el carácter no vicioso de la posesión, ligado, como es lógico, a la buena fe de la hipotética poseedora, determinada, a su vez, por ignorancia o no acerca de la nulidad del acto inicial de liberalidad, circunstancia no presumible.

Denunciada, en el motivo quinto del recurso, la interpretación errónea en la instancia del artículo 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, en punto a la justificación por la esposa de la adquisición a su costa de determinados bienes durante el matrimonio, no es posible tener por cumplida tal justificación, en contra de lo radicalmente afirmado por el juzgador, porque las adquisiciones consten en escritura pública o en póliza suscrita por fedatario mercantil, ya que la fe incorporada a estos documentos se limita, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, a la veracidad de su fecha y del acto motivador de su otorgamiento, pero no alcanza a la veracidad intrínseca de su contenido, que no puede, en el presente caso, prevalecer frente a la presunción muciana que consagra el artículo 23 de la Compilación, cuya presunción, después de la prueba practicada, es insistentemente afirmada por la sentencia impugnada.

Los motivos séptimo y octavo están igualmente condenados a perecer al dar por supuesto, sin más, que la afirmación de la sentencia de Primera Instancia de que el piso que el causante donó a su hija doña E. en el número 9 de la calle Escuelas Pías fue un acto de liberalidad a favor de ésta «al contraer matrimonio», constituye una verdadera donación *ob causam*, lo que implica su imputabilidad a la legítima de la donataria, conforme al párrafo 1.º del artículo 132 de la Compilación, lo que constituye una aseveración inaceptable, ya que la afirmación de donación simple sometida al párrafo 2.º de aquel artículo, que el Juzgado y la Sala de Apelación atribuyeron a dicha liberalidad, se niega por el recurrente, manteniendo aquélla otra naturaleza, sin otro apoyo que el texto del considerando del Juzgado, que dice que la donación se hizo «al contraer matrimonio», expresión que, frente a la interpretación contraria con apoyo en la prueba

practicada, no es necesariamente traducible por «donación por causa de matrimonio» o «en contemplación a determinado matrimonio», que sí forzaría la imputabilidad a la legítima que el recurrente postula.

COMENTARIO.—Esta sentencia aplica los preceptos que cita de la Compilación antes de su reforma por la Ley de 20 de marzo de 1984, la cual modificó radicalmente el tema de donaciones entre cónyuges, que bajo el régimen vigente al ocurrir la «litis» eran nulas —salvo las hechas en capítulos matrimoniales—, si bien quedaban retroactivamente convalidadas si el cónyuge donante fallecía sin arrepentirse de ellas o sin revocarlas (artículo 20 antiguo), sin que hasta entonces el donatario adquiriese la propiedad de lo donado ni fuese acreedor de lo prometido por el donante, sino que sólo adquiriría la simple posesión en el caso de que éste le hubiese entregado la cosa donada (art. 22), siguiendo en lo fundamental el sistema romano que arrancando de la *Lex Cincia de donis et muneribus* llega hasta las constituciones de Gordiano, Diocleciano y Maximiano, pasando por la *oratio* del emperador Antonino que ratifica la de Severo, sistema que fue recogido por el Derecho canónico (C. 16, 1; 16, 3; 16, 6; 16, 10; 16, 18; 16, 26; D. 24, 1, 32; Decretales de Gregorio IX, 4, 20, 8), dejando sin efecto su primitiva nulidad *ne mutuato amore invicem spoliarentur* (Ulp., D. 24, 1, 1) para admitir su convalidación, para establecer que «las donaciones entre cónyuges fuera de capitulaciones matrimoniales serán revocables» en los casos que se indican en los nuevos preceptos (aa. 20, 21 y 22 reformados).

Además, ha desaparecido también en la reforma la célebre presunción muciana, recogida en el antiguo artículo 23, conforme al precedente del texto de Pomponio en el *Digesto* invocando la autoridad de MUCIUS SCAEVO-LA (D. 24, 1, 51), y que, lo mismo que el supuesto anterior, es conservada en el Código de las Costumbres de Tortosa (5, 4, 1 y 2; 5, 4, 8), sustituida por la presunción de donación para el caso de concurso o quiebra de uno de los cónyuges (actual art. 23).

F. C. L.

RESERVA LINEAL.—LINEA DE PROCEDENCIA DE LOS BIENES.—GRADO DE PARENTESCO.—Artículo 811 del Código Civil (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Promovida por don M. E. y don C. M. S. I., ante el Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don A., don J. y doña M. S. C., y don A. G. P. C., los tres primeros en concepto de hijos y herederos de don A. S. D., sobre declaración de derechos, con fecha 6 de febrero de 1984 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, en la que revocando la dictada por el referido Juzgado el 22 de marzo de 1983, se estimaba la demanda; sentencia contra

la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley, y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que en 1929 contrajo matrimonio doña M. J. S. G. con don A. S. D., de cuyo matrimonio nació un hijo llamado M. V. S. S., habiendo fallecido la esposa doña M. J. en 1930, y el hijo en 1932, y contrayendo nuevo matrimonio don A. S., del que tuvo tres hijos, los demandados don A., don J. y doña M. del C. S. B) Que los actores son hermanos de vínculo sencillo de doña M. J. S. G., al ser hijos de un segundo matrimonio contraído por su padre, don J. S. G., fallecido en el año 1940, habiéndose asimismo acreditado el fallecimiento de don A. S. D. en el año 1981. C) Que concurren las previsiones sucesorias para que tenga lugar la reserva del artículo 811 del Código Civil, y lo constituyen el fallecimiento de la madre, doña M. J. S., dejando como único heredero a su hijo M. V. S., y el posterior fallecimiento de éste en edad impúber, heredando su padre, don A. S., a cuyo fallecimiento han sobrevivido los dos actores, hermanos de vínculo sencillo de doña M. J. S., y como tales, dentro del tercer grado del descendiente.

2. El motivo segundo del recurso, que por afectar a la congruencia debe ser estudiado con prioridad a los restantes, denuncia infracción de Ley y de la doctrina concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por violación del artículo 359 de la propia Ley, al no ser congruentes las sentencias de ambas instancias con los términos en que quedó definitivamente planteado el debate al momento de practicar la prueba de confesión judicial por los demandantes, toda vez que se reconoce por los mismos que las fincas descritas bajo las letras A), B), C), D) y E) no son propiedad de los demandados, con lo que contradicen los planteamientos de su demanda y, por tanto, se modifica la petición inicial de esa manera»; motivo éste que deberá perecer, toda vez que es doctrina reiterada de esta Sala que el principio de congruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la relación entre la súplica de las partes, según sus escritos rectores (demanda, contestación, réplica y dúplica), y el fallo o parte dispositiva de la sentencia (Sentencias de 7 de diciembre de 1982 y 11 de julio de 1983, entre otras), por lo que mal puede en este caso apreciarse incongruencia en la resolución recurrida, al estimar el suplico de la demanda que en modo alguno puede suponerse modificado por la resultancia de una diligencia de prueba, cualquiera que ésta fuere, puesto que ha tenido lugar cuando firmados los plazos de alegaciones y presentados por los actores sus escritos alegatorios, concretamente de demanda y réplica, han quedado definitivamente plantadas su posición y pedimentos en la litis, por todo lo cual debe desestimarse este segundo motivo.

3. No mejor suerte habrá de merecer el motivo primero, formulado al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que denuncia violación por inaplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, toda vez que esta Sala tiene declarado que con la finalidad de que la acción contradictoria del dominio marche paralela con la de nulidad o cancelación del asiento registral, se previene en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la suscripción correspondiente; pero tal precepto sólo es aplicable en los supuestos en que del éxito de las accio-

nes haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción supuestamente contradicha o cuando la acción que se ejercita persigue la nulidad de un título que haya causado inscripción registral, en cuyo caso, si al anularse el título no se anulase también la inscripción correspondiente, se provocaría una discordancia entre la realidad jurídica, proclamada por una sentencia y el contenido del Registro, cuyos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria (Sentencia de 22 de septiembre de 1965), y es lo cierto que no tales concurren condiciones en el supuesto de autos, ya que, como acertadamente sienta la resolución recurrida, no constando inscripción registral de cinco de las nueve fincas, mal puede exigirse declaración de cancelación o nulidad alguna respecto de ellas, y con relación a las demás, una de ellas tiene constancia de la existencia de la reserva, y las otras tres tienen una historia registral consistente en una inscripción en favor de tercero, sobre la que no se insta la reversión, sino la entrega de su valor, y en las otras dos, tras de la inscripción derivada de la venta del reservista, hecha al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, hay una segunda suscripción de venta del titular al reservista, y una tercera venta del reservista a dos de sus hijos, demandados en este litigio en su calidad de hijos y herederos de su difunto padre, por lo que, en suma, cabe concluir que la pretensión actora no implica en sí una cancelación de asientos, sino una transferencia posterior, lo que hace que resulte inaplicable al caso que nos ocupa el mandato del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y, consiguientemente, resulta desestimable este primer motivo.

4. El tercer motivo del recurso aduce infracción del artículo 811 del Código Civil, por el concepto de violación por inaplicación, ya que dicho precepto determina que el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubir adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de su hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la Ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, alegándose por el recurrente que los actores no reúnen los requisitos por una doble motivación: no pertenecer a la línea de donde proceden los bienes y no hallarse dentro del tercer grado, motivo éste que, sin perjuicio de su defectuosa formulación, al estimar inaplicado un precepto que notoriamente lo ha sido esta resolución recurrida, debiera perecer en atención a las siguientes razones: 1.ª Que por lo que se refiere al primero de los alegatos, es decir, a que los demandantes no pertenecen a la línea de donde los bienes proceden, por tener los mismos su origen en doña M. G. S., madre de doña M. J. S. G., a quien pertenecían todos ellos con el carácter de privativos, porque es doctrina jurisprudencial la de que reconocido por la reiterada jurisprudencia de esta Sala que la reserva establecida por el artículo 811 del Código Civil no arranca de principio alguno de verdadera troncalidad y constituye tan sólo un beneficio otorgado, por consideraciones familiares, exclusivamente en favor de determinadas personas (Sentencias de 30 de diciembre de 1897 y 16 de enero de 1901), y que no es, por tanto, preciso indagar la procedencia de los bienes susceptibles de tal reserva más allá de la persona de quien los hubo el descendiente a quien se hereda (Sentencias de 30 de diciembre de 1897 y de 8 de octubre de 1909, entre otras), ha sido fijada de modo definitivo la interpretación de aquel

precepto en cuanto por él el principio de troncalidad que incidentalmente pudiera haberle servido de inspiración venía sometido a la limitación que, de una parte, le impone la imposibilidad de pasar la reserva del tercer grado familiar y la de que no debe buscarse el origen, más o menos remoto, de los bienes ni de la familia a que pertenecieron de antiguo, ni el modo o forma como pudieron llegar al patrimonio de la persona que los transmitió al descendiente de cuya sucesión se trata, sino tan sólo en cuanto a su procedencia inmediata y al título de su adquisición (Sentencia de 12 de diciembre de 1945), así como la de que «el artículo 811 del Código Civil, si bien inspirado en un principio de troncalidad, no responde derechamente a un concepto de sucesión troncal en sentido pleno, y ello no sólo por ser más limitado su ámbito y distinta su naturaleza, cual ya sostenía la Sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1907, sino también porque en realidad implica como una especie de transacción entre el derecho de troncalidad y la sucesión gradual, pues no persigue el fin de perpetuar en determinada familia ciertos bienes concretos, tal como el precepto aparece redactado (Sentencia de 24 de mayo de 1945), ni, por otra parte, no hay que remontarse para su aplicación a la procedencia remota de los bienes, porque, cual sostiene la Sentencia de este Tribunal de 26 de noviembre de 1943, al fijar el reducido alcance del mencionado precepto legal, «la jurisprudencia de esta Sala ha establecido reiteradamente que, para buscar la procedencia de los bienes, no se puede ir más allá del ascendiente o hermano de quien los hubo el descendiente del obligado a reserva», «o lo que es lo mismo, que en la reserva de traza especial amparada por esa norma no entra en juego la procedencia remota, sino la inmediata y próxima de los bienes que han de reservarse», doctrina que con claridad ya se mantenía en la Sentencia de 30 de diciembre de 1897, según la que «el texto del artículo 811 no autoriza para buscar la procedencia de los bienes, al efecto de determinar el parentesco lineal, más allá del ascendiente o del hermano de quien los hubo por título lucrativo el descendiente del obligado a reservar» (Sentencia de 12 de marzo de 1966). 2.ª Que en lo que atañe a la segunda de las alegaciones del recurrente de que los actores no están incluidos dentro del tercer grado de parentesco, debe igualmente ser rechazada, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 16 de diciembre de 1982, 8 de noviembre de 1906, 30 de diciembre de 1912, 24 de mayo de 1945 y 1 de julio de 1955, ha declarado que el cómputo del tercer grado de parentesco debe hacerse a contar del descendiente, y es obvio que, como acertadamente estima la resolución recurrida, los actores, hermanos de vínculo sencillo de doña M. J. S., se hallan, obviamente, comprendidos dentro de dicho tercer grado, razones todas ellas por las que procede la desestimación de este tercer motivo.

COMENTARIO.—Esta sentencia sigue la línea que podemos llamar ya de constante jurisprudencia en estas materias, pues aunque alguna voz aislada, como LOZANO SICILIA, ha defendido que el tercer grado debe computarse partiendo del ascendiente reservista, sus argumentos no están de acuerdo con la interpretación finalista del artículo 811 ni responden al origen del precepto, conforme al cual la opinión ya consagrada jurisprudencialmente y que goza del favor de numerosa doctrina, es la de que el tercer grado ha de contarse partiendo del descendiente de quien procedan los bienes inmediatamente, puesto que de su fallecimiento arrancan el

derecho a la reserva y la obligación de reservar, si bien no basta, para ser reservatario, con ser consanguíneo del descendiente, sino que se debe serlo también del ascendiente o del hermano. Aparte de otras razones —como las palabras «del difunto» del proyecto de Código Civil, que sólo podían referirse al descendiente y que se suprimieron en la redacción definitiva por considerarlas redundantes, y que la desviación de bienes se produce precisamente por la muerte del descendiente—, existe la de que, en la duda, debe darse la menor extensión posible a la reserva, por ser de interpretación restrictiva, y precisamente computando el parentesco desde el descendiente resulta menor el número de posibles reservatarios.

En cuanto a la determinación de la línea de procedencia de los bienes y la unidad o diversidad de los requisitos de línea y grado, se han mantenido, en síntesis, las siguientes opiniones:

1) Aplicando el criterio de la troncalidad simple, estiman MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA y DE LA CUEVA que sólo hay dos líneas, paterna y materna.

2) SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO entienden que la línea ha de formarse entre el descendiente heredado por ministerio de la Ley y el ascendiente o hermano, debiendo los reservatarios ser parientes de ambos.

3) BURÓN y DE BUEN tienen en cuenta sólo al ascendiente o al hermano.

4) La revista *La Reforma Legislativa* mantuvo que es preciso indagar el verdadero tronco o raíz de los bienes.

5) LOZANO SICILIA defiende que la línea comprende sólo los descendientes comunes de ambos ascendientes.

6) VALLET concluye que la línea viene siempre determinada por la trayectoria familiar de los bienes.

Y, por otra parte, se ha entendido que:

— El grado de parentesco ha de computarse precisamente *por* la línea de donde proceden los bienes.

— El grado ha de computarse como grado natural de parentesco en relación con el descendiente, *entre* los parientes de la línea, pero no *por* la línea de procedencia de los bienes. Este último es el criterio de VALLET.

F. C. L.

PARTICION.—ACTO DE CONCILIACION.—DESIGNACION DE CONTADORES PARTIDORES (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1986).

Convenido en acto de conciliación por ambas partes que la partición de la herencia se efectuase, conforme a un previo sorteo ya celebrado ante Notario, por el Letrado que nominativamente se designaba, el Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, 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 Territorial de Albacete, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Hellín, en la que se había atribuido el cometido particional «a los técnicos en Derecho que se estimen aptos para ello», por

cuanto se da incongruencia con lo convenido en el acto de conciliación, invocado en la propia sentencia recurrida como fundamento de la misma, en la que se designó nominativamente el Letrado que debía efectuar la partición.

F. C. L.

TESTAMENTO DE HERMANDAD NAVARRO.—INTERPRETACION CRITICA.—Artículo 675 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1986).

Otorgado por cónyuges navarros testamento de hermandad, instituyéndose recíprocamente herederos con absoluta facultad dispositiva sólo por actos entre vivos, no *mortis causa*; y al fallecimiento del último de ellos los bienes que queden en poder del sobreviviente se distribuirán por terceras e iguales partes a favor de los tres hijos, uno procedente del primer matrimonio de la esposa y los otros dos de su segundo enlace, y premuerto el segundo marido testador, su viuda donó fincas a los dos hijos del segundo matrimonio, con perjuicio de su hijo de primeras nupcias. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tafalla y estimando en parte la demanda, había declarado que la institución de herederos entre ambos cónyuges quedó sometida a una sustitución de fideicomiso de residuo, en cuya virtud los bienes de la herencia del causante de los que no dispuso su viuda deben pasar a los tres hijos por partes iguales y que la misma no fue facultada por su segundo esposo en el citado testamento para disponer por donación a título lucrativo. Los fundamentos de Derecho son los siguientes:

A igual solución desestimatoria es de llegar en lo que se refiere al motivo del recurso con fundamento en la aplicación indebida del artículo 675 del Código Civil, en cuanto previene que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y que «en caso de duda se observará la que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento», toda vez que al disponer los cónyuges don A. M. E. y doña C. Z. A. en la cláusula 4.ª de dicho testamento de hermandad otorgado en la villa de Funes el 23 de agosto de 1967, ante el Notario don J. M. M. F., que «de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, ambos testadores instituyen únicos y universales herederos, es decir, que por el fallecimiento de don A. lo será su esposa doña C., y por el de ésta, aquél, y en ambos casos con absoluta facultad dispositiva sólo por actos *inter vivos*, no *mortis causa*. Y al fallecimiento del último de ellos, los bienes que queden en poder del sobreviviente se distribuirán por terceras partes iguales a favor de sus tres nombrados hijos A. D. y A. y M. M. Z., y en su defecto, sus descendientes, a quienes instituye por sus únicos herederos sustitutos», claramente está poniendo de manifiesto, cual certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, que la prioritaria y prevalente inten-

ción de los relacionados testadores con su aludida actividad testamentaria, y que, en consecuencia, ha de primar en su sucesión, fue la de que no se produjere desigualdad entre los mencionados don A. D. Z., hijo de doña C. Z. A., fruto de sus primeras nupcias, y don A. y don E. M. Z., fruto de sus segundas nupcias contraídas con don A. M. E., cual revela el disponer la distribución entre los tres por terceras partes iguales los bienes que quedasen al fallecimiento del último de los expresados cónyuges testadores, y en defecto de aquéllos, a sus descendientes, a quienes instituye por sus únicos herederos sustitutos, y que de los mencionados cónyuges don A. M. E. y doña C. Z. A., el que sobreviviese no podría disponer por acto *mortis causa*, aunque sí *inter vivos*, no siendo lógicamente admisible que en el ámbito de actos *inter vivos* proceda comprender, como pretende el recurrente, los negocios jurídicos de donación objeto de controversia, sino simplemente aquellos que no signifiquen actividad o beneficio de desigualdad entre los tres relacionados hijos, o en su defecto, sus descendientes, ya que el entender lo contrario indudablemente significaría alterar y modificar la voluntad testamentaria proyectada en el referido testamento, y concretamente la del cónyuge premuerto don A. M. E., dado que el mantenimiento de las debatidas donaciones equivaldría, por vía indirecta o sinuosa, a impedir la igualdad sucesoria tenida en consideración cuando el tan citado testamento fue otorgado y que rige la sucesión de quienes lo otorgaron, creando, en consecuencia, una designación sucesoria emanante de un acto de mera liberalidad que en sus efectos prácticos viene a ser equivalente a la disposición *mortis causa* no autorizada y, por tanto, no querida, y al entenderlo así el Tribunal que dictó la sentencia recurrida, no hizo aplicación indebida del artículo 675 del Código Civil, sino que, por el contrario, lo aplicó debidamente, desde el momento que tuvo en cuenta la voluntad de los testadores reflejada en el testamento de que se viene haciendo mención, observando lo que aparece como más conforme a la intención de los testadores según el tenor del mismo testamento, y a cuya intención es precisamente a lo que da primacía y consiguiente prevalencia el invocado artículo 675, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias, entre otras y como más recientes, de 23 de septiembre de 1971, 30 de abril de 1981 y 8 de junio de 1982), y sin que a ello obste la expresión «absoluta» que con relación a la «facultad dispositiva sólo por actos *inter vivos*, no *mortis causa*», contiene el testamento sometido a la actual controversia jurídica, pues que tal expresión «absoluta» es de entenderla no con posibilidad de extensión a todo acto dispositivo que en vida pudiese realizar el cónyuge sobreviviente y, por tanto, a las donaciones cuestionadas, sí que con mera relación a que el acto de posible realización, de efectos no similares a la disposición *mortis causa*, pueda ser llevado a cabo, en el ámbito dominical, tanto en sus posibles clases en algunas de las facultades limitativas del dominio como en la total amplitud de éste, y a lo expuesto en nada obsta la referencia efectuada a la normativa contenida en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1.º de marzo, y concretamente en lo que afecta al fideicomiso de residuo, pues es lo cierto que si bien el artículo 149 de la referida Compilación previene que los navarros puedan disponer libremente de sus bienes, sin más restricciones que las establecidas en el Título X del Libro II de la precitada Compilación, añadiendo que las disposiciones a título lucrativo pueden ordenarse por donación *inter vivos*

o *mortis causa*, pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en el aludido ordenamiento jurídico foral, y que entre las normas que específicamente hacen referencia al testamento de hermandad, la Ley 204 sanciona que ninguno de los testadores podrá disponer por título lucrativo de sus propios bienes, salvo que en el testamento de hermandad se hubiese establecido otra cosa; sin embargo, esto no conduce a que, con base en la sustitución de residuo regulada en el artículo 239 de la mencionada Compilación, estableciéndose que, cuando no se hubiese ordenado otra cosa, el instituido sólo podrá disponer por acto *inter vivos* y a título oneroso, y si se le hubiese autorizado para disponer incluso a título lucrativo, se presumirá que está autorizado para disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa*, con la consecuencia de que los bienes de que el instituido no hubiese dispuesto válidamente pasarán, en el momento establecido o evento previsto, a la persona o personas designadas para recibirlos; tampoco cabe desconocer que la aplicación de esa normativa requiere que el acto dispositivo realizado por el fiduciario venga amparado en las facultades que al respecto le venían conferidas, conforme se deduce de lo dispuesto en el número 1 del artículo 233 de la invocada Compilación, es decir, realizándose dicho acto dispositivo conforme a los términos en que el disponente lo hubiese autorizado, que, como queda expuesto en el fundamento anterior, lo fue en consideración a actos *inter vivos* que no alterasen la voluntad reflejada en el testamento de hermandad en cuestión de no producir desigualdad hereditaria entre los tres hijos de los testadores mediante contratos que con alcance de liberalidad significasen en realidad equivalencia a actividad dispositiva *mortis causa*, «que expresamente prohibían los referidos testadores y, por tanto, con lógica exclusión de donaciones en favor de cualquiera de los hijos y herederos sustitutos designados».

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo opta en el presente caso por una interpretación correctiva o crítica de la cláusula testamentaria, por ser la más conforme al resultado o fin práctico pretendido por los testadores, consistente en la igualdad entre el hijo del primer matrimonio y los dos habidos del segundo, comunes de los testadores, instituidos en testamento de hermandad. Siendo digno de notarse que quien favorece a los hijos comunes es la madre también del hijo de su primer matrimonio. Y a fin de mantener esa igualdad, estima que la facultad recíproca de disponer por actos entre vivos, aun precedida del término «ABSOLUTA», sólo comprende los actos dispositivos a título oneroso, no los lucrativos, pues de entender lo contrario, se impediría, por vía indirecta o sinuosa, la igualdad sucesoria.

F. C. L.