

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**CADA PROPIETARIO DE UN PISO PUEDE EJERCITAR LAS ACCIONES
PARA DEFENDER EL INTERES EN SU PARTICIPACION INDIVISA**
(SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de ésta Sala, atendiendo a la naturaleza de la comunidad de bienes, ha establecido como doctrina legal inconcusa la que afirma que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, ya para ejecutarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada a su favor aprovechará a sus compañeros sin que le perjudique la adversa o contraria, doctrina aplicable a la comunidad existente entre los propietarios de un edificio por pisos, regulada por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes necesarios para el adecuado uso y disfrute de las partes privativas, pues el hecho de que el artículo 12 de dicha Ley especial confiara al presidente de la comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo para que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad, e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés, que ha de estar jurídicamente protegido, en su participación indivisa en los elementos comunes, y es lógico que así sea, ya que el disfrute de lo que le es privativo requiere

necesariamente la utilización de los elementos comunes, y si no se concediera acción a cada condueño para impugnar los actos realizados por uno de ellos, sin la previa obtención del consentimiento de los otros, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma.

LOS ARBITROS DE EQUIDAD NO TIENEN NECESIDAD DE RAZONAR NI MOTIVAR EL LAUDO (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Los árbitros de equidad, al contrario de lo que sucede con los de Derecho, no deciden con arreglo a un procedimiento prefijado ni con sujeción a Derecho, ni se les puede imputar errores *in iudicando* o *in procedendo*, por lo que su decisión sólo puede ser atacada cuando los arbitradores se extralimitan u obran con exceso de poder para anular el laudo, pero no para corregirlo, enmendarlo o suprimirlo mediante el recurso extraordinario de nulidad, siguiéndose de ello que tal ausencia de formas excluye la necesidad de razonamientos y motivación de ningún orden, bastando la manifestación de la voluntad decisoria, como tampoco les es exigible un atenimiento estricto a los términos del *tema decidendi* o interpretarlos con demasiada restricción, siempre que respeten los límites objetivos del compromiso.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE UN GRUPO DE PERSONAS POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR ALGUNO DE ELLOS (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1983).

Hechos.—Unos niños jugaban lanzándose entre sí pequeños trozos metálicos, uno de los cuales alcanzó a otro menor que pasaba por aquel lugar, causándole daños en un ojo. Todos los padres de los niños son condenados solidariamente a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—La circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión, no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código Civil, artículos 1.910, 1.564, 1.783 y 1.784, y la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas, pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.); consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista, que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y, a su vez, se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad en todo y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes de los daños; solidaridad que ha declarado

esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación de daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: LA RECEPCION REALIZADA POR EL DUEÑO NO LIBERA AL CONTRATISTA DE SU OBLIGACION DE RESPONDER POR SANEAMIENTO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien la principal característica del arrendamiento de obra es el resultado del trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada de recibo, quedando esta declaración supeditada a resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella, y si la doctrina científica generalizada admite que el propietario tiene derecho, aun después de la recepción de la obra, al saneamiento por vicios ocultos, en modo alguno cabe sostener que la recepción verificada por el dueño de la obra, en la que mostró una conformidad, que por ser anterior al recibo de la obra no le permitió apreciar la imposibilidad de su ocupación, salvo que se verificaran determinadas reparaciones, libere al contratista de su obligación de responder del saneamiento por vicios ocultos, a que le obliga el artículo 1.553 del Código Civil.

EL CONTENIDO DE UNA ESCRITURA PUBLICA PUEDE SER ENERVADO POR OTRAS PRUEBAS (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La garantía de la fe pública de la escritura no alcanza o no concede el privilegio de la veracidad intrínseca, material, a todo su contenido (salvo su otorgamiento y su fecha en cuanto a tercero), puesto que sus declaraciones —respecto de los contratantes y causahabientes— pueden ser, en cuanto a su contenido, enervadas por otras pruebas, dado el sistema libre de apreciación de los medios que la Ley consigna, sin valor preferente de unos sobre otros en general.

SON COMPETENTES LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN EL CASO DE DAÑOS A UN PARTICULAR POR LAS OBRAS REALIZADAS POR UN AYUNTAMIENTO (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones entabladas por los particulares cuando el hecho que da origen al resarcimiento por el Estado por lesión causada a los mismos en cualquiera de sus bienes y derechos, sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, también es de tener en cuenta que el artículo 41

de la misma Ley determina que en ciertos casos la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho privado, lo que determina que el supuesto ahora contemplado venga atribuido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, a cuya resolución ha sido sometido por los actores, ya que el resultado dañoso en realidad no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino de la realización de obras, llevadas a cabo con omisión de la necesaria diligencia que su ejecución requería, para que el servicio a que afectaban pudiera tener lugar, generando precisamente por la omisión de aquella diligencia unos resultados dañosos de índole estrictamente civil y generadora de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

EL PRINCIPIO DE LA CULPA OBJETIVA PRESUPONE UNA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La objetivación de la responsabilidad ha de aceptarse moderadamente y sin excluir en modo alguno el estricto principio de la responsabilidad por culpa, como ya dijo esta Sala en Sentencia de 27 de abril de 1981, reiterando anterior doctrina; tal principio general de la culpa objetiva quiebra, como ya dijo la Sentencia de 10 de mayo de 1982, en cuanto presupone una presunción *iuris tantum*, cuando el autor de los daños demuestre que obró en ejercicio de actos lícitos, con toda prudencia y diligencia para evitarlos.

LA FALTA DE ACCIÓN AFECTA AL DERECHO SUBJETIVO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1983)

Doctrina de la sentencia.—Siendo la acción civil el derecho a exigir de otro una prestación activa, o una omisión o abstención, configurando una figura autónoma respecto del Derecho subjetivo e incluso de la acción procesal, y entendiéndose por ésta el Derecho público potestativo, en virtud del cual una persona puede dirigirse a los Tribunales de instancia para obtener una decisión jurisdiccional que implique, generalmente respecto de otra persona, constitución, declaración o condena sobre relaciones jurídicas, o un derecho de puro poder jurídico, de naturaleza potestativa, dirigido a obtener una decisión jurisdiccional mediante la actuación de la Ley, es una actividad trascendente al sueto en exigencia de un determinado derecho, y es significativo de la posibilidad e incluso necesidad de litigar para el reconocimiento judicial del derecho pretendido como consecuencia de tal acción civil. No afectando la falta de acción a la capacidad procesal, sino al derecho subjetivo pretendido, tanto significa que para apreciarla se requiere decidir sobre el aspecto de fondo a que la acción se contraiga, dado que sin declarar la validez o invalidez, y consiguiente eficacia o ineficacia, del derecho con base en el que se pretenda dar vida a la acción ejercitada, no puede ciertamente decirse que ésta falta.

MODERACION EN LA TENDENCIA HACIA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que lo ha desarrollado en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir en modo alguno el principio de la responsabilidad por culpa, y en este sentido, la Sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 1969, cuyo alcance recoge la de 27 de abril de 1981, declara que aun reconociendo y suscribiendo la tendencia de la jurisprudencia hacia una objetivación cada vez mayor, nunca total, en los casos de lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos, es ineludible el acatamiento a la situación fáctica suministrada por la instancia.

De los requisitos integrantes de la culpa extracontractual o aquiliana, los referidos a la culpa o negligencia y elemento causal son de índole predominantemente jurídica, pero la existencia de estos factores ha de ser inferida de los hechos que dé como probados la sentencia de instancia.

EXISTE OBLIGACION SOLIDARIA CUANDO HAY UNIDAD DE FIN DE LAS PRESTACIONES (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia fue declarando que para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma y bastando que la voluntad se manifieste siquiera no sea con palabras si los actos reveladores son bastantes a alumbrarla y darla a conocer con claridad; pasando últimamente a prestar acogida a la concepción actual de la obligación solidaria, poniendo de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, a lo que hay que añadir que el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrecta al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales, por haber en ambos casos comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una interna conexión entre ellas, descartándose la solidaridad únicamente allí donde hay una mera causal identidad de fines o de prestaciones.

CIRCUNSTANCIAS DEL ABUSO DE DERECHO (SENTENCIA DE 22 ABRIL DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El abuso de derecho, como sancionó la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1976, ha de resultar manifiesto en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de

perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

VENTA DE FINCA CON GRAVAMENES (CULTOS) (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La facultad que el artículo 1.483 del Código Civil concede al comprador para pedir la rescisión del contrato de compraventa, o en su caso, la indemnización de daños y perjuicios, está sujeta a la concurrencia de los siguientes presupuestos de hecho: primero, que se trate de la venta de una finca gravada con alguna carga o servidumbre no aparente; segundo, que tal carga o servidumbre no se mencione en la escritura de transmisión, y tercero, que sea de tal importancia que de haberla conocido el comprador, deba presumirse que no la habría adquirido, determinando la ausencia de cualquiera de tales requisitos la imposibilidad de actuar las consecuencias jurídicas indicadas, es decir, la rescisión del contrato o la petición de resarcimiento.

DISTINCION ENTRE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de esta Sala la de que la Ley de Arrendamientos Urbanos al autolimitar y definir ámbito de la misma, es cierto que excluye de sus determinaciones y defiere a la legislación civil, común o foral, el llamado arrendamiento industrial o negocio, pero en forma tajante dispone en el párrafo primero de su artículo 3.º que sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, o pendiente de serlo de meras formalidades administrativas, de cuyo literal contexto se desprende: a) que se trata de un precepto excepcional, que sólo podrá aplicarse cuando se den todas las circunstancias de hecho que en el mismo se mencionan; b) que se exige que el arrendatario reciba, además del local, el negocio o industria en él establecido, y aun cuando el precepto no exija que aquéllos se encuentren funcionando, sí requiere que los elementos transmitidos, aun en su consideración estática, sean suficientes para aquel funcionamiento; los elementos cedidos en arriendo han de constituir una unidad patrimonial con vida propia, o sea, que estén armónicamente orientados al fin propuesto, con posibilidad de que pueda ser inmediatamente explotado el negocio o industria; para distinguir el arrendamiento de industria del de un simple local de negocio habrá que atender a la eficiencia de los medios transmitidos junto con el local para la inmediata puesta en marcha de la industria, sin que al arrendatario le sea preciso aportar otros por su cuenta, como necesario a tal fin.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—EL DEMANDADO NO TIENE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL, NECESARIA PARA ENERVAR EL DERECHO DE PRORROGA EJERCITADO POR EL ACTOR ANTES DEL VENCIMIENTO DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1982).

El contrato se realizó en 1973 por un plazo de seis años, y cuando faltaba más de un año para su vencimiento, se notificó el deseo de denegar la prórroga por parte del dueño por querer cultivar directamente las fincas, comprometiéndose a permanecer seis años en la explotación directa de las mismas, requerimiento al que se negó el colono, por lo que se presentó demanda de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo, que estimó parcialmente la demanda, declarando haber lugar al desahucio de dos de las tres fincas incluidas en el arrendamiento. La Audiencia revocó en parte la sentencia, admitiendo el desahucio de las tres fincas.

No prospera el recurso de revisión. El arrendatario demandado, aparte de labrar las 47 hectáreas de las fincas arrendadas, es propietario de 53 más de secano y siete de regadío, por lo que no puede explotarlas en cultivo directo y personal, que es lo que califica a los arrendamientos protegidos, a que se refiere el artículo 83 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, y sólo este cultivo es el que enerva el derecho del arrendador que reclama las fincas para efectuar las operaciones agrícolas, por lo que al quedar fuera de duda que el recurrente no ostenta la cualidad de cultivador directo y personal y apreciarlo así la resolución impugnada, no incurrió en el manifiesto error de hecho de que se le acusa. Tampoco es admisible que un arrendatario que posee como dueño una extensión de tierras mayor que las que lleva en arriendo pueda oponer que precisamente dedique su actividad como cultivador personal a las últimas y se excluyan las primeras, pues a unas y a otras hay que referir sus posibilidades de trabajo a los fines de calificar la cualidad que le haga o no merecedor de la protección legal.

APARCERIA.—LA INEXISTENCIA DE ESCRITURA Y LA NO FIJACION DE RENTA O PENSION ANUAL DETERMINAN QUE EL CONTRATO SEA DE APARCERIA Y NO DE ESTABLECIMIENTO A PRIMERAS CEPAS (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1982).

En 1969 se dio la finca en aparcería, comprometiéndose el aparcero a plantar viña en la misma. Una vez plantada, los productos se distribuirían de la siguiente forma: 60 por 100 para el aparcero y 40 por 100 para el dueño, estableciendo una duración de veinte años, a partir de 1970. En 1977 falleció el aparcero, por lo que se decidió rescindir el contrato y se interpuso demanda ante el Juzgado número 2 de Sevilla. Los deman-

dados contestaron y formularon reconvencción pidiendo el abono de las mejoras, daños y perjuicios. El Juez estimó en parte la demanda, declarando extinguida la aparcería y, también en parte, la reconvencción, declarando que los demandantes deben pagar por la amortización de la plantación de viñedo la cantidad que se fije en ejecución de sentencia e indemnizarlos de las labores agrícolas realizadas para el año en curso al desalojar la finca. Esta sentencia fue confirmada íntegramente en apelación.

El recurso de revisión no tiene éxito. El recurrente argumenta que el contrato de aparcería no lo es, sino de establecimiento a primeras cepas, que se caracteriza por el cultivo de la vid, la temporalidad del aprovechamiento y la fijación de un canon a favor del propietario en dinero o frutos, lo que determina la inaplicación de Reglamento de Arrendamientos Rústicos a este contrato. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que, en primer lugar, la falta de escritura pública al otorgar el contrato, en contra de lo que afirma el recurrente, indica con claridad que no es un contrato a primeras cepas, sino de simple aparcería, y la inexistencia de renta o pensión anual también lleva a dicha conclusión, sin que una sentencia en contra produzca jurisprudencia.

RETRACTO.—NO PROCEDE, YA QUE LA FINCA TIENE UN VALOR SUPERIOR AL DUPLO DEL HABITUAL EN EL MERCADO DE LAS DE SU NATURALEZA, POR LO QUE QUEDA EXCEPTUADO DE LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1982).

La finca arrendada fue aportada a una sociedad anónima y el arrendatario interpuso demanda de retracto ante el Juzgado de Arenys de Mar, negando la entidad propietaria este derecho, ya que el arrendatario no lo es de toda la finca, quedando excluidos algunos aprovechamientos del contrato. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda.

Tampoco tiene éxito el recurso de revisión. El arrendamiento no es de los llamados «protegidos», ya que la renta pactada excedía de los cuarenta quintales métricos de trigo y, además, al consignar el importe íntegro de la aportación de la finca a la sociedad evidencia que el propósito de los retrayentes no es convertirse en propietarios agrícolas, sino aprovecharse de unas plusvalías ciertas y próximas, dada la calificación administrativo-urbanística de la zona, declaración del Juez *a quo* que, al no ser impugnada en este trámite, sería suficiente para quitar toda justificación a la pretensión del recurrente. Por otra parte, la finca tiene un valor superior al duplo del precio normal que en el mercado corresponde a las de la misma calidad y cultivo, lo que la excluye de la aplicación de la legislación arrendaticia. El contrato de arrendamiento y los certificados catastrales son insuficientes para desestimar el carácter de urbana que asignó a la finca el juzgador de instancia y que se fundó en el conjunto de los elementos probatorios, como son el dictamen pericial y el reconocimiento judicial, lo que no es posible desarticular con un medio aislado, como se pretende. Los retrayentes no han precisado que poseen y disfrutan en tal carácter, ya que del contrato de arrendamiento no resultó

así, sino que se excluyen una parte del edificio, los bosques y las tierras que de antiguo no se cultivaban.

DESAHUCIO.—SE HA DEMOSTRADO LA EXISTENCIA DE UN NUEVO CONTRATO QUE SUSTITUYO AL EXTINGUIDO, YA QUE SE HA PAGADO LA RENTA CON POSTERIORIDAD AL FINAL DEL PLAZO DEL ANTERIOR (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1982).

En 1970 se concertó un contrato sin fijar plazo, entendiendo el propietario que debía ser de cinco años, por lo que en 1979 se interpuso demanda de desahucio por terminación del arriendo ante el Juzgado de Denia. El demandado alegó que el actor recibió las rentas de 1977 y 1978, lo que determina la existencia no de prórroga, sino de un nuevo contrato, del cual se ha de fijar el plazo, que, lógicamente, ha de acabar en 1982. El Juez y la Audiencia desestimaron la demanda.

No triunfa el recurso de revisión. Al concluir el contrato en 1976, se celebró otro contrato, que permitió al colono continuar en la posesión de las fincas, si bien la irregularidad en el abono de las rentas hasta 1977 dio lugar al inicio de una acción de desahucio por falta de pago, que terminó con la satisfacción por el locatario de lo adeudado hasta el 24 de junio de 1978, extendiendo el oportuno recibo, en el que se hacía constar la renta anual, con base en el cual se desestimó la demanda de resolución del contrato. Contra estos razonamientos no valen los argumentos de la recurrente de que al extender el recibo no celebró un nuevo contrato, lo que no supone que no lo hubiera celebrado antes, concretamente en 1976, como se desprende de lo anterior. La relación entre las partes a partir de esa fecha no puede considerarse como de puro hecho, como alega el recurrente, ya que la sentencia declara probada la realidad de un segundo contrato que jurídicamente justificaba la postura del arrendatario demandado.

DESAHUCIO.—LA ELEVACION DE RENTA SUPONE UN ANIMO NOVATORIO EXTINTIVO QUE DA LUGAR A UN NUEVO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE LAS PARTES (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1982).

Se arrendó una finca de 110 hectáreas por seis años en 1964, con una renta de 17.405 kilos de trigo anuales, y habiendo transcurrido el plazo sin que el arrendatario solicite prórroga, se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Medina de Rioseco. El arrendatario contestó diciendo que el actor no era propietario de la finca y que concluido el contrato de 1964, se formalizó uno nuevo en 1975, que no debía acabar hasta 1981, y caso de no entenderse así, el contrato de 1964 debe considerarse subsistente por ser arrendatario protegido y amparado por los Reales Decretos de 1978 y 1979. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia la revocó, acogiendo la tesis del demandado.

No triunfa el recurso de revisión. La sentencia impugnada afirma que al variar la renta en 1975 existe una novación objetiva con alcance, ex-

tintivo del primer contrato, el cual se entiende sustituido por fuerza de la mecánica novatoria desde 1975, y con plena vigencia, por tanto, al tiempo de formular la demanda, según ha declarado reiteradamente esta Sala. En este caso, la elevación de renta ha sido tan grande que el ánimo novatorio se deduce claramente, tal y como hace la sentencia del Tribunal *a quo*, tanto más cuanto que la elevación de renta coincide con la próxima conclusión del arrendamiento primitivo, que, incluida la prórroga obligatoria, había de terminar en 1976.

DESAHUCIO.—EL ARRENDATARIO NO REUNE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL, POR LO QUE NO PROCEDE LA PRORROGA PRETENDIDA (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1982).

Extinguido el plazo del arrendamiento en 1979 sin que el arrendatario hubiese solicitado la prórroga del mismo, se entabló demanda de desahucio ante el Juzgado número 2 de Jerez. Tanto éste como la Audiencia estimaron íntegramente la demanda.

El recurso de revisión no prospera. El arrendatario no tiene la cualidad de «cultivador directo y personal». El juzgador de instancia reconoce plenamente el valor de la prueba documental aportada, pero es de resaltar que, en confesión judicial, el arrendatario reconoció que cuando los necesita contrata veinte o treinta obreros para labrar la huerta, y eso ocurre una o dos veces al año, y en otras ocasiones le ayudan sus hijos, sin que la certificación catastral demuestre nada a este respecto, y el certificado del Ayuntamiento expedido con referencia al Padrón municipal, lo único que acredita es que con el arrendatario conviven dos hijos, pero no que cooperan con él en las labores que requiere la finca.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO ES DE TEMPORADA, DADAS LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURREN DE LIMITARSE AL TIEMPO QUE NECESITE LA ARRENDATARIA PARA REALIZAR OBRAS EN OTRO LOCAL DE SU PROPIEDAD, POR LO QUE NO ES APLICABLE LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1982).

En 1973 se arrendó un local para almacén provisional por un año, sin derecho a prórroga, a no ser que se conviniera expresamente por los interesados, limitándose a la necesidad de terminar las obras que la sociedad arrendataria realizaba en otros locales de su propiedad. Antes de finalizar 1977 se notificó notarialmente a la arrendataria la intención de no prorrogar el arriendo, ya que las obras que se indicaban en el contrato habían concluido. El Juzgado de Pozoblanco y la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda de desahucio.

Tampoco prospera el recurso de casación. El problema que se plantea es el de la naturaleza del contrato. Este se limitaba a la necesidad de ocupar el local mientras se realizaban unas obras en otro local de propiedad de la arrendataria, sin derecho a prórroga sino por voluntad de las partes. Estas obras, según la sentencia recurrida, no se ha probado que, a pesar del tiempo transcurrido, se hayan iniciado siquiera ni haya solicitado o tenga en proyecto ejecutarlas, declaración que no ha sido combatida por la vía adecuada. El arrendamiento de temporada ha de interpretarse de un modo amplio y flexible cuando se infiera que el uso u ocupación del inmueble responde a exigencias circunstanciales esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, como sucede en el presente caso; la temporalidad de la ocupación guarda relación no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que se va a encastrar el arrendamiento, y así lo declara reiterada jurisprudencia. La temporalidad de la ocupación, además de expresarse en el contrato, se demuestra por otras pruebas, como el rótulo escrito por la propia arrendataria como expresión de la provisionalidad de la ocupación. La irrenunciabilidad del derecho a prórroga no puede admitirse, ya que al no estar incluido el contrato en la legislación arrendaticia, no tiene derecho a prórroga obligatoria, siendo susceptible de prórroga por acuerdo de ambas partes, como en el presente caso ha acaecido, que ha existido hasta la conclusión de las obras y reapertura del local habitual de la actividad comercial de la arrendataria.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—*TODO LO REFERENTE AL ARRENDAMIENTO SE ENTIENDE COMO ACTO DE ADMINISTRACION Y, POR TANTO, SUJETO AL ACUERDO DE LA MAYORIA DE LOS PROPIETARIOS* (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1982).

Uno de los propietarios del piso arrendado propuso a la arrendataria la resolución del arrendamiento, indemnizando a ésta con la cantidad de 350.000 pesetas si desaloja el local en un plazo de cuatro meses. Llegado el plazo sin que se abonara la indemnización, a pesar de poner las llaves a disposición de los propietarios, se entabló demanda de menor cuantía ante el Juzgado número 2 de Valladolid. Los demandados alegaron que no existió más que un proyecto de negocio, que no llegó a ser perfecto, ya que faltaba la voluntad de dos de los condueños, habiéndose comprometido sólo uno de ellos a título personal sin contar con los otros. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia la revocó.

No ha lugar a casación. Lo que se discute es si el convenio era un acto de administración, sujeto al artículo 398 del Código Civil, en cuyo caso bastaba la mayoría, o de disposición, en cuyo caso se necesita unanimidad, conforme al artículo 397 del mismo Código. El Tribunal Supremo entiende que la concertación y resolución del arrendamiento no es alteración de la cosa común, sino un simple acto de administración, para lo que es suficiente la mayoría, acreditada en este caso, pues si en el primitivo convenio figura sólo la firma de uno de los condueños, no es menos cierto que en todas las actuaciones aparecen dos que expresamente reco-

nocen su intervención en el contrato, debiendo regir también la norma del párrafo 2.º del artículo 393 del Código Civil, a los efectos del artículo 398, y, además, declara reiterada jurisprudencia que cualquier propietario pueda individualmente realizar todo aquello que redunde en beneficio de la comunidad, como es el supuesto de concertar la resolución de un arrendamiento, que permitiría o el establecimiento de uno en mejores condiciones o la demolición del inmueble y posterior construcción de otro edificio, con el que se obtuvieren mayores rendimientos.

REVISION DE RENTA.—LA APLICACION DEL REAL DECRETO-LEY DE 1976 HA DE HACERSE RESPETANDO LOS PACTOS EXPRESOS DE LAS PARTES, SEGUN LO ACORDADO POR LOS MISMOS (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1982).

En 1971 se concertó un arrendamiento de local por una renta que debía ser revisada cada cinco años, conforme a los índices del costo de la vida. Sucesivamente, se revisaría cada cinco años. Al llegar el primer vencimiento, el arrendatario alegó que no procedía la revisión de la renta, ya que existían los Decretos de 1975 y 1976 que congelaban las rentas arrendaticias, argumentando el propietario que estos Decretos se referían a viviendas y no a locales, y aunque no fuese así, existía un pacto contractual que debía prevalecer sobre los referidos Decretos; no llegándose a un acuerdo, se presentó demanda ante el Juzgado número 3 de Vigo, reclamando la cantidad procedente. El Juzgado estimó en parte la demanda, admitiendo que la revisión de renta había de tener en cuenta lo dispuesto por el Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, que entró en vigor el 12 del mismo mes y año. La Audiencia revocó la sentencia anterior.

No tiene éxito la casación. La revisión contractual de renta nace en el momento pactado para llevarla a efecto, sin que pueda estimarse que el derecho al aumento vaya creciendo de forma continuada, pero independiente, para los diversos períodos de tiempo, pues el derecho al aumento surge sólo al cumplirse la totalidad de cada uno de los períodos, como una modificación parcial de la relación contractual que despliega sus efectos a partir de este momento. Los recurrentes intentan ampararse en las normas del artículo 3.º del Código, en relación con el artículo 8.º, 1.º, del Real Decreto-ley de 1976, con olvido del pacto contractual aludido y de la interpretación del mismo que hizo la Sala de instancia, confundiendo la interpretación de las normas legales con la de las cláusulas contractuales, que se rigen por preceptos distintos, y dando al Real Decreto de 1976 una interpretación que pugna con su texto prohibitivo de otras elevaciones de renta que las que autoriza expresamente y siempre respetando los pactos expresos de las partes, según lo acordado por las mismas. El artículo 3.º, 2.º, del Código Civil exige para que las resoluciones de los Tribunales se funden en la equidad, que la Ley lo permita expresamente, lo que no ocurre en el caso contemplado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE ALEGARSE LA FALTA DE PERSONALIDAD DEL DEMANDANTE CUANDO EN EL EXPEDIENTE MUNICIPAL DE DECLARACION DE RUINA NO SE IMPUGNO ESTA PERSONALIDAD DEL RECORRENTE (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1982).

Ante el Juzgado número 1 de Sevilla se siguieron autos promovidos por el propietario contra los arrendatarios sobre resolución de arrendamiento en virtud de expediente contradictorio de ruina total del inmueble, declarada por acuerdo municipal. Se oponen los arrendatarios alegando que el actor no ha demostrado su titularidad, así como que el expediente no goza de la condición de contradictorio por no haber sido citado ni oído uno de los arrendatarios. El Juzgado estimó la demanda y lo confirmó la Audiencia.

El recurso de casación no triunfa. La falta de personalidad del actor es materia de un recurso por infracción de Ley y no por quebrantamiento de forma, que es el interpuesto en este procedimiento. Por otra parte, en el expediente municipal de ruina no impugnó esta personalidad el recurrente, y en la primera instancia éste reconoció implícitamente y sin salvedad la cualidad del demandante como dueño del edificio, siendo correcta la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo declaratoria de que no puede impugnar la legitimación de un litigante quien, dentro o fuera del proceso, se la ha reconocido. La Sala de instancia tuvo por acreditada la legitimación activa del actor por un apreciación conjunta de la prueba.

REVISION DE RENTA.—HA CADUCADO EL DERECHO DEL INQUILINO A IMPUGNAR LA ELEVACION DE RENTA, AL PASAR LOS TREINTA DIAS, QUE SEÑALA EL ARTICULO 101 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, SIN HABER CONTESTADO A LA NOTIFICACION DEL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1982).

La Delegación Provincial del Ministerio de Agricultura en Barcelona ocupaba un local por arrendamiento de 1972, en el que se pactó la revisión de renta, según la variación del coste medio de la vida para Barcelona, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, siendo la periodicidad de la revisión trimestral, a contar desde la fecha del contrato. No existiendo acuerdo entre las partes sobre la cuantía del incremento aplicable en 1976, se interpuso por la actora la reclamación administrativa ante la Delegación de Hacienda, que fue desestimada, por lo que se interpuso demanda ante el Juzgado número 9 de Barcelona, en el que se solicitaba el aumento procedente, teniendo en cuenta la limitación del Real Decreto-ley de 1975 en cuanto al aumento de rentas arrendaticias. El Juzgado admitió la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior, acogiendo la tesis del Abogado del Estado.

Triunfa el recurso de casación de la actora. El único punto debatido es el de la revisión de renta pactada en el contrato de arrendamiento de 1972. El aumento que se comunicó en 1976 a la Administración, ajustándose a lo dispuesto por el artículo 15 del Real Decreto-ley de 17 de mayo

de 1975, representaba un incremento del 25,20 por 100 de la renta, a lo que el arrendatario contestó que sólo aceptaba el 8,4 por 100, comunicación esta última que se hizo extemporáneamente, ya que la regla 2.ª del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que dentro de los treinta días siguientes el inquilino comunicará si acepta o no la obligación de pago propuesta, interpretándose su silencio como aceptación tácita, plazo que había transcurrido con exceso, ya que queda dicho que la notificación del arrendador es de 6 de mayo de 1976, lo que lleva consigo la aceptación que prescribe la Ley, no susceptible de subsanación por el comunicado tardío, habida cuenta del carácter preclusivo del término, y al no haberse aplicado el precepto, es indudable que la sentencia recurrida cometió la infracción denunciada en el motivo segundo, y se debe confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

C. R. R.

IV. FAMILIA

MATRIMONIO CIVIL DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO: *matrimonio de español bautizado con extranjera rusa ante funcionario competente, lex loci actus, inscripción en Registro Civil Central.*—**COORDINACION DE LA LEY CANONICA Y LA LEY CIVIL:** *fraude de Ley.*—**PUELLES c. VENIAMINOVNA** (1) (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1974).

ANTECEDENTES

I. Fueron declarados HECHOS PROBADOS en este litigio:

1) El *demandante*, nacido en el Norte de España y *bautizado*, pasó a la región asturiana durante la guerra civil. Fue incluido en una de las expediciones de niños españoles enviados a la URSS, cursando allí sus estudios primarios, secundarios y universitarios.

2) En la Escuela Superior de Arquitectura de Leningrado, el actor entabló relaciones con una compañera —la aquí demandada—, con la que tuvo una niña y con la que contrajo matrimonio civil ante el Registro Civil de L. el 5 de enero de 1952.

3) Con motivo de la repatriación de españoles desde la URSS en 1956, el actor se trasladó a España, siguiéndole su esposa. Durante su permanencia en X. nacieron dos hijos del matrimonio.

4) El matrimonio se inscribió en 1959 en el Registro Civil Central, siendo inscritos los hijos del matrimonio como legítimos.

5) En fecha no determinada —presumiblemente en el verano de 1966— comenzaron las *desavenencias matrimoniales*.

En cuanto al *porqué* o *causa* de tales desavenencias, las razones de ambas partes eran divergentes:

(1) Consigno el nombre de la demandada tal como figura en la sentencia, aunque me parece de elemental conocimiento que tal nombre no era ni puede ser su *apellido*, ya que parece significar —en la costumbre eslava— su segundo nombre como «hija de Benjamín».

● Para el *demandante*, «las relaciones interconyugales se des-
envolvieron ya desde el principio con tirantez y escasa cordia-
lidad, a consecuencia de las anómalas circunstancias en que se
llegó al matrimonio y, sobre todo, de la radical discrepancia de
educación y mentalidad» (*sic*) (!).

● Para la *demandada*, «las desavenencias conyugales surgie-
ron en el verano de 1966, en que estando la familia en un *cam-
ping*, apareció por el mismo una inglesa..., la cual entabló rela-
ciones con el demandante... Al regreso de la inglesa en 1967, el
demandante le buscó un piso, que contrató personalmente, amue-
bló y acondicionó para ella... Posteriormente, pasó a vivir en
claro amancebamiento con la inglesa en otra vivienda»...

6) Después del verano de 1966, los cónyuges establecieron una *sepa-
ración de hecho* y, como consecuencia, la esposa marcha con sus hijos
a la URSS en octubre, y regresando en diciembre de dicho año. A su
regreso, por malos tratos recibidos de palabra y de obra, hubo un *juicio
de faltas*, que termina con condena al marido por el Juzgado Municipal
correspondiente.

7) Por medio de Letrados ambas partes llegaron a un *convenio pri-
vado* sobre su situación personal y la situación de los hijos.

● Para el *demandante*, «el regreso de la esposa provocó una
situación insostenible, que le obligó a plantearse seriamente su
situación en relación con la validez de su vínculo matrimonial»
(*sic*).

● Para la *demandada*, este replanteamiento de su situación
personal en relación con la validez del vínculo matrimonial era
«porque el actor no veía otra forma de desembarazarse de su
esposa y zafarse de sus obligaciones matrimoniales, ya que la
legislación española establece la indisolubilidad del matrimonio
civil basándose en el Derecho natural».

8) El *demandante* acudió al Tribunal Eclesiástico competente, *alegan-
do su condición de bautizado* y solicitando la declaración de inexistencia
de su primer matrimonio y la consiguiente libertad para volverse a casar.

El Tribunal Eclesiástico dictó decreto «autorizando a... para pasar a nue-
vas nupcias canónicas», sin resolver la cuestión en orden a la efectividad del
vínculo civil. El demandante insistió ante el Tribunal Eclesiástico, *formu-
lando demanda sobre nulidad de vínculo civil*, resolviendo dicho Tribunal
que «no podía admitir a trámite tal demanda ante la jurisdicción canó-
nica, por cuanto ésta había ya resuelto definitivamente en el expediente
antes referido lo que concernía al aspecto *canónico* de la cuestión, es de-
cir, la inexistencia de todo vínculo entre las partes, y que, en cuanto
a los efectos meramente *civiles* que pudieran derivarse del acta de L., no
podría resolver por no ser de su competencia».

II. La DEMANDA finaliza con la *súplica* de que se dicte sentencia
por la que se declare nulo el matrimonio contraído en L. entre el actor
y la demandada el día 5 de enero de 1952, declarando asimismo la buena
fe de ambos cónyuges y decretando, en su consecuencia, los efectos civi-

les procedentes, según disponen los artículos 70 y 72 del Código Civil, así como la anotación de la sentencia al margen del acta de matrimonio, con expresa condenación en costas a la demandada si a ello se opusiera.

III. Por el Ministerio Fiscal se CONTESTO la demanda negando los hechos y suplicando se dictase sentencia absolutoria de la pretensión articulada frente al mismo.

La demandada CONTESTO la demanda, sosteniendo —entre otras argumentaciones— la validez del matrimonio civil celebrado en L. entre actor y demandada, completamente legal, eficaz y vinculante con su carácter de indisolubilidad, y formulaba RECONVENCION con base en los siguientes hechos: 1) la existencia del matrimonio civil celebrado en L. entre ambas partes; 2) el amancebamiento con la súbdita inglesa desde 1967; 3) el abandono del hogar conyugal por el marido. Terminaba con la *súplica* de que se dicte sentencia: desestimando las pretensiones de la demanda; declarando la validez y eficacia legal del matrimonio civil contraído en L. e inscrito en el Registro Civil Central; declarando la separación legal de ambos cónyuges y la separación de bienes de los mismos, y que los hijos queden bajo la patria potestad y protección de la madre, con lo demás pertinente que establece el artículo 73 del Código Civil, que se interese en ejecución de sentencia; declarando que a la demandada le corresponde la administración de los bienes de la sociedad de gananciales y de todos los que adquiera; declarando que procede la anotación de la sentencia de separación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central; condenando al esposo a estar y pasar por tales declaraciones y, expresamente, al pago de todas las costas, por su temeridad y mala fe.

IV. El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dictó sentencia el 10 de octubre de 1972, por la que —*desestimando* la demanda y absolviendo de ella a la demandada, y *estimando parcialmente* la reconvención— *declaró* la validez y eficacia legal del matrimonio civil contraído en L. por el actor y la demandada..., inscrito en el Registro Civil Central..., y *desestimo* las restantes peticiones formuladas en vía reconvencional, decretando no haber lugar, por ahora, a la separación legal de los cónyuges ni a ninguna de las consecuencias de tal separación que se interesan en la contestación a la demanda; todo ello sin especial condena en costas.

V. La AUDIENCIA TERRITORIAL dictó sentencia el 6 de junio de 1973, en la que argumentaba: «que resulta *hecho probado* que el actor ... *bautizado*, al contraer matrimonio en Rusia en 5 de enero de 1952 ante autoridad de aquel país, sin poder salir del mismo, pues hasta acuerdo conseguido por la Cruz Roja Internacional en 1956 no pudo volver a España, haciéndolo después su esposa, y que vuelto a España, solicitó y consiguió la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección (*sic*) el 17 de febrero de 1959, folio..., y que los hijos habidos del matrimonio en España fueron inscritos como legítimos, folios...» (considerando 2.º) (2); de tales hechos *deduce* «que no pudo hacer declaración de apostasía, por no haber Iglesia en Rusia, y se casó con arreglo a las

(2) Se extraen estos argumentos del considerando 1.º de la sentencia del Tribunal Supremo.

normas del lugar de residencia, y que al venir a España y conseguir la inscripción en el Registro Central, *quiso y dio validez* al matrimonio realizado en Rusia, y *que, por tal, el caso debatido, por no estar previsto en ellos, no está incluido* en los artículos 42 y 100 del Código Civil, *que parten del supuesto de que se pueda hacer declaración de no profesar la religión católica para la validez del matrimonio civil, y aplica el principio de que «no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada al mismo fin, cuando esa emisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza»* (3). Termina la Audiencia *confirmando* la sentencia recurrida —*en cuanto desestima la demanda con absolución de la demandada y del Ministerio Fiscal, y en cuanto declara válido y eficaz el matrimonio civil contraído..., inscrito...— y revocándola en lo demás, decretando:* la separación legal de los cónyuges, declarando culpable de ella al marido, que el actor quede privado de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio, que serán puestos bajo la potestad y cuidado de su madre, así como la pérdida por el marido de la administración de los bienes de la demandada si la tuviere, cuyos bienes y los que correspondiesen en la liquidación de la sociedad conyugal serán por ella administrados, y que se proceda a la anotación de esta sentencia en el Registro Civil Central, sin costas.

VI. Por el demandante se interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de Ley con base en el siguiente motivo:

UNICO (4). Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por violación, por no aplicación*, del artículo 4.º, 1.º, del Código Civil (y de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929, 10 de febrero de 1926, 12 de mayo de 1944, 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 14 de noviembre de 1963, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo y 15 de abril de 1967), y *por interpretación errónea* de los artículos 9, 11-3.º, 42 y 101 del Código Civil, en relación con la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941.

El artículo 4.º, 1.º, del Código Civil declara taxativamente: «Son nulos...». Y nulo en Derecho es lo carente de valor y fuerza para obligar o tener efecto alguno (Sentencias de 27 de mayo de 1949 y 24 de abril de 1952). La sentencia recurrida, al considerar válido y eficaz el matrimonio civil celebrado en Leningrado... viola por inaplicación el referido artículo 4.º, 1.º del Código Civil, pues el demandante, español y bautizado en la Iglesia católica, por imperativo de *su Ley personal*, sólo podía contraer matrimonio *válido* mediante las formalidades canónicas. Es por ello que tal matrimonio civil es radicalmente nulo (Sentencia de 1 de abril de 1931). El actor debió y pudo contraer matrimonio canónico en Leningrado, pues en dicha ciudad se puede acudir a un sacerdote católico por estar autorizado el culto católico. Precisamente por ello el Tribunal Eclesiástico decretó que «se le autorizaba a pasar a nuevas nupcias canóni-

(3) Extraído todo ello del considerando 2.º de la sentencia del Tribunal Supremo: subrayados míos (J. C. G.).

(4) La redacción de este único motivo es tan abigarrada, profusa y confusa que resulta difícil seguir y adivinar la posible argumentación del recurrente. Queda extractado al máximo en aras de una correcta inteligibilidad del mismo. Los subrayados son míos (J. C. G.).

cas», ya que ni siquiera se le podía otorgar validez canónica al matrimonio civil aplicando el canon 1098 del Código de Derecho Canónico.

El artículo 42 del Código Civil (redacción anterior a 1958, redacción vigente en la fecha en que el matrimonio fue celebrado), en la interpretación dada al mismo por la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941, impedía la válida celebración del matrimonio civil a todos los españoles que no probasen documentalmente su acatolicidad o no presentasen una declaración jurada de no haber sido bautizados. Cita las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 1950 y 7 de julio de 1952, la nueva redacción del artículo 42 del Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958 y el Decreto de 26 de octubre de 1956: estas últimas disposiciones son consecuencia del carácter confesional de nuestro Derecho matrimonial, que considera la religión católica como oficial del Estado, con base en nuestras Leyes Fundamentales.

El «orden público» puede definirse como el conjunto de principios de orden superior, no solamente jurídicos (públicos y privados), sino también políticos, económicos, morales y, algunas veces, religiosos, absolutamente obligatorios, por ser considerados esenciales para la conservación del orden social en un pueblo y una época determinados. Y a la defensa de esos principios, considerados como intangibles por el Derecho español, obedece la disposición contenida en el artículo 11, párrafo 3.º, del Código Civil.

La omisión de una norma imperativa del Derecho interno, bien buscada intencionadamente o por olvido o desconocimiento, como es la celebración de un matrimonio civil en el extranjero por un español obligado a contraerlo canónicamente, implica violación del orden público interno y ha de motivar la declaración de inexistencia del acto, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.º, 11-3.º, 42 y 75 del Código Civil. Cita los artículos 101, en relación con el 100, 3.º, del Código Civil, y las Sentencias de 7 de abril de 1915, 10 de febrero de 1926 y 12 de mayo de 1944, y Resoluciones de 16 de enero de 1934, 19 de febrero de 1941 y 12 de julio de 1949.

La aplicación de las disposiciones legales invocadas como infringidas en la sentencia recurrida no puede enervarse porque casualmente coincidieran con los intereses o deseos de uno o ambos contrayentes, quienes por unas u otras razones vivan separados y anhelan verse libres de su pretendida unión matrimonial, ni ello puede verificar que lleven a cabo un mutuo disenso sobre materia —cual la de estado civil— ajena a la autonomía de la voluntad; tampoco la dejación por el esposo de sus deberes como católico, si se diera el caso, le vincularía, como consecuencia del principio jurídico de los actos propios, dado que son la moral y el orden público los determinantes de la nulidad y no las conveniencias ocasionales de los litigantes.

Es constante la doctrina legal interpretando —y en aplicación— los artículos 9.º, 11-3.º, 42 y 100 del Código Civil: cita las Sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959; Orden ministerial de 10 de marzo de 1941, y Sentencias de 14 de noviembre de 1963, 5 de julio de 1965, 16 de marzo de 1967 y 15 de abril de 1967. En conclusión— dice—, el demandante —aquí recurrente— estaba obligado, por imperativo de su estatuto personal, a contraer matrimonio canónico: por lo que, al contraer

matrimonio civil sin constar su apostasía..., dicho matrimonio civil es radicalmente nulo o inexistente.

Tales preceptos de Ley y doctrina legal expuestos *no pueden quedar sin efecto por las circunstancias, puramente de orden temporal y contingente, de que en la fecha de celebración del matrimonio civil no existieran relaciones diplomáticas* entre el Gobierno español y la Unión Soviética, ya que el Derecho canónico y la doctrina de la Iglesia son universales y *no puede quedar en suspenso su obligatoriedad por una situación de hecho meramente política y, por tanto, transitoria*. Pero es que —*aun en el caso de que hubiere habido representación consular española y haberse celebrado el matrimonio civil ante el Cónsul o Vicecónsul español en Leningrado— igualmente hubiera sido nulo tal matrimonio por no poder acreditar formalmente su apostasía el contrayente varón* (Sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 16 de marzo y 15 de abril de 1967). Por todo lo cual, *no cabe invocar como de aplicación al presente caso el artículo 6.º, 2.º, del Código Civil, por cuanto es exactamente aplicable al punto controvertido los preceptos de Ley y doctrina legal expuestos como infringidos*.

VII. El TRIBUNAL SUPREMO, en sentencia de la que fue ponente don Juan A. Linares Fernández, establece la doctrina que sigue en sus *considerandos*:

1.º La sentencia recurrida (CDO. 2.º) *señala* como hecho probado... (5).

2.º De tales hechos *deduce*... (6).

3.º El *único motivo* del recurso... (7), *motivo que*, por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, *adolece del defecto de formulación* de los artículos 1.729, 4.º, y 1.720, 2.º (*sic*) (8), y que —*aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la desestimación del motivo en este momento procesal, como alegó en la vista el Ministerio Fiscal— partiendo de los hechos que se estiman acreditados en la sentencia, es evidente: que las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil ante el encargado del Registro en Leningrado impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de los contrayentes; que si bien es cierto que el recurrente fue bautizado, no aparece que haya venido profesando la religión católica con posterioridad, y al volver a España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en..., y ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba*

(5) Expone aquí el Ponente los hechos, recogidos anteriormente al reseñar la sentencia de la Audiencia: ep. V. precedente.

(6) Recoge aquí el Ponente la argumentación de la Audiencia: *vide* ep. V. precedente.

(7) Cita el Ponente la base procesal y los artículos infringidos: *vide* ep. VI. precedente.

(8) Se sobreentiende que ambos artículos son de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

la religión católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por si esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil, como hijos legítimos de dicho matrimonio, los habidos con posterioridad en España. Y contra esta conducta, que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad, con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio, cuando —según la sentencia recurrida— se ha quebrantado la paz conyugal, lo que determinó la petición reconvenicional de separación —formulada por la esposa y estimada por la sentencia—, que no ha sido concretamente combatida en el recurso. Todas cuyas circunstancias determinan la desestimación del motivo y, con ella, la del recurso, con costas, por ser preceptivas, y devolución del depósito constituido, por no ser conformes las sentencias.

FALLO: No ha lugar.

NOTAS

1. Introducción al tema

Nunca mejor dicho que el tema *matrimonio civil de españoles en el extranjero* ha hecho correr largos ríos de tinta. La bibliografía es tan numerosa y abundante, en cantidad y en calidad, que se hace difícil una selección, con lo relativo que resulta el hacerla; por lo cual, me remitiré a una selección personal de autores, distinguiendo cada época histórica concreta, ya que es bien sabido la serie de oscilaciones legislativas en la materia (9).

(9) Distingo tres periodos de tiempo, más inmediatos a nosotros: el derivado de la Implantación del llamado 'Estado Nacional' (desde 1-4-1939), el que introduce la nueva legislación del Registro Civil (desde el Reglamento del Registro Civil de 14-11-1958) y el consecuente a la reforma del Código Civil tras la Ley 13, de 7 de julio de 1981. Referencias más antiguas pueden verse en las citas de los grandes tratados de Derecho Civil.

. A partir de 1939

- A. GALLARDO RUEDA: «Matrimonio civil de españoles en el extranjero», en *B.I.M.J.*, III, 1949, número 76, pág. 3.
- MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO: «Sobre los matrimonios civiles de españoles en el extranjero», en *Revista Española de Derecho Canónico*, IV, 1949, págs. 641 y ss.
- FERNÁNDEZ VIVANCOS: «Algunos problemas que plantea el doble matrimonio», en *B.I.M.J.*, V, 1951, número 166, pág. 4.
- PERE RALUY: «Concepto de acatolicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil», en *B.I.M.J.*, VIII, 1953, núm. 233, pág. 3.
- RODRÍGUEZ VALCARCE: «Matrimonio de españoles en el extranjero (Validez en España del matrimonio 'mixto' celebrado en el extranjero conforme a la Ley del lugar de la celebración)», en *Revista de Derecho Procesal*, IX, 2.º, 1953, págs. 195 y ss.
- BERNÁRDEZ CANTÓN: «Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles contraído en el extranjero», en *Revista Española de Derecho Canónico*, IX, 1954, págs. 938 y ss.
- CASTILLO SANTOS: «Los acatólicos y la forma canónica del matrimonio», en *Revista Razón y Fe*, CL, 1954, II, págs. 21 y ss.
- DEL AMO: *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, 1954.
- GARCÍA BARBERENA: «Matrimonios mixtos», en *Anuario de Derecho Civil*, VII, 1954, págs. 14 y ss.
- GARCÍA CANTERO: «Matrimonio civil de acatólicos», en *Anuario de Derecho Civil*, VI, 1954, páginas 141 y ss.
- FERNÁNDEZ VIAGAS: «Los matrimonios de españoles en el extranjero», en *Revista General del Derecho*, XI, 1955, págs. 101 y ss.
- AGUNDEZ: «Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos», en *Revista General del Derecho*, XII, 1956, págs. 672 y ss.

Por supuesto que la reforma del Código Civil en 1981 ha hecho buena la famosa frase de KIRCHMAN y ha inutilizado buena parte de todo lo escrito sobre el tema hasta ahora, todo ello diluido por la dinámica de los cambios legislativos. Claro es que planteado el *supuesto litigioso* en unos años en que regía la legislación *anterior* a 1958, es muy conveniente enmarcar todas las referencias dentro de esa bibliografía aquí apuntada.

Si las referencias doctrinales sobre el tema son numerosas, también son numerosas las *decisiones jurisprudenciales*. Prescindiendo de otras más antiguas, cabe reseñar aquí como importantes y por su proximidad en el tiempo, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959, 12 de noviembre de 1959, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo de 1967* (10).

La importancia de la sentencia aquí comentada es que el Tribunal

LÓPEZ ALARCÓN: «El matrimonio civil de los católicos», en *Anales de la Universidad de Murcia*, XV, núms. 3-4, 1956-57, págs. 227 y ss.

FERNÁNDEZ RUIZ: «Los matrimonios mixtos en la legislación civil española», en *Revista Ecclesia*, XVII, 1957-I, págs. 185 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley del Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1956)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, págs. 259 y ss.

VELLVE: «Matrimonio civil de católicos en España», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 1957, páginas 534 y ss.

FERNÁNDEZ ARRUTY: «El problema de la validez del matrimonio civil contraído con arreglo a la legislación republicana», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 17-18, julio-diciembre 1957, páginas 335 y ss.

GARCÍA BARRIUSO: *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958.

SANCHO REBULLIDA: «El sistema matrimonial en la reforma del Código Civil», en *Revista Temis*, 1958, núm. 4, págs. 187 y ss.

• Desde el Reglamento del Registro Civil de 1958

LÓPEZ ALARCÓN: «El matrimonio civil y su inscripción (Nueva legislación del Registro Civil)», en *Revista Pretor*, VIII, 1959, págs. 108 y ss.

G. PASCUAL NIETO y J. RUIZ HUERTA: «La reforma de la legislación del Registro Civil y el Derecho Internacional Privado», en *Revista Pretor*, VIII, 1959, págs. 542 y ss.

PORTERO SÁNCHEZ: «Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España. Principios que rigen su celebración», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, 1960, págs. 501 y ss.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ: «Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, 1960, págs. 881 y ss., especialmente 934 y ss. (después publicado en *Estudios de Derecho Matrimonial*, Ed. Rialp, Madrid, 1962, págs. 95 y ss.).

DÍAZ MORENO: «El matrimonio meramente civil en España», en *Revista Sal Terrae*, agosto-septiembre 1973, págs. 568 y ss.

DÍEZ DEL CORRAL: «El matrimonio civil en España, hoy», en *Estudios De Castro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, vol. 1.º, págs. 565 y ss.

CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS (Rev. CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO): *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 9.ª ed., 1976, tomo V (Derecho de Familia), vol. 1.º (Relaciones conyugales), págs. 228 y 929.

SANCHO REBULLIDA, en FUENMAYOR-SANCHO: «Comentarios a los artículos 42 a 107», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Ed. EDESA, Jaén, 1978, páginas 292 y ss. y 311 y ss., especialmente 317 y ss.

• Después de la reforma de 1981

SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, ed. experimental, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 159.

GARCÍA CANTERO: «Comentarios a los artículos 42 a 107», en *Comentarios...*, cit., EDESA, Madrid, 1982, 2.ª ed., págs. 92 y ss., 99 y ss., especialmente 104 y ss. y 472 y ss.

CARRIÓN OLMOS: «Comentario al artículo 49», en *Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coordinados por J. L. LACRUZ BERDEJO, Ed. CIVITAS, Madrid, 1982, págs. 155 y ss.

CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS (Rev. CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO): *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 10.ª ed., 1983, tomo V (Derecho de Familia), vol. 1.º (Relaciones conyugales), págs. 221 y 960.

(10) Todas estas sentencias son aludidas en el recurso, pero sin sacar partido de ellas. Para un comentario global acerca de ellas, haciendo hincapié en su *paralelismo*, véase PUENTE EGIDO: *Derecho Internacional Privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981 (Sentencia núm. 101, de 16 de marzo de 1967, pág. 321), págs. 307, 311, 313 y 318.

Supremo *rompe* con toda una práctica anterior uniforme y monolítica y sienta una *doctrina nueva* de corte progresista (11).

2. *El matrimonio civil de españoles en el extranjero*
(*período anterior a 1958*)

La doctrina mayoritaria y considerada como más autorizada en aquel tiempo solía partir de un *presupuesto fundamental*, conceptuado como *principio cardinal* de todo el sistema matrimonial: la 'vis atractiva' que la forma canónica de celebración del matrimonio tenía respecto de los españoles católicos (12).

Este principio predeterminaba que las normas canónicas constituyeran *reglas de Derecho «interpersonal»* superpuestas a las restantes normas del Derecho positivo vigente e incluso a las del Derecho conflictual español.

Este principio básico era la *regla general* del sistema, por ello se *presumía* siempre; «la excepción —decía LALAGUNA (13)— del precepto de forma canónica, ligada a la condición de acatolicidad, constituye la excepción —por esto ha de probarse—. En sentido similar, W. GOLDSCHMIDT decía que «los no católicos españoles pueden casarse civilmente en el extranjero según la *forma local*, siempre que hayan recibido un *certificado de acatolicidad* o por los agentes diplomáticos españoles o por los sacerdotes católicos competentes para la celebración del matrimonio... Con una sola excepción: sólo en un país con el que España no tiene relaciones diplomáticas o en un lugar desde el cual el acceso a un agente diplomático español sea tan difícil que no se puede razonablemente exigir, *pueden las partes válidamente casarse sin el certificado*» (14). Esta excepción final aludida por W. GOLDSCHMIDT constituía un *hecho probado* del presente litigio resuelto por el Tribunal Supremo.

Esta solución de hacer depender la validez del matrimonio civil en el aspecto *formal* de una exigencia de «acatolicidad» venía contemplada en el Proyecto de Ley sobre el matrimonio de ALVAREZ BUGALLAL de 17 de mayo de 1880 y es la que empezó a regir tras la reforma de la legislación del Registro Civil de 1957-58 (15).

La *situación especial* del matrimonio de españoles celebrado ante funcionario extranjero *mientras no conste acreditada* la acatolicidad de los contrayentes —contemplada en el art. 249, 2.º, del Reglamento del Registro Civil (reforma de 1958)— era considerada en aquel entonces por LALAGUNA como una *situación de pendencia* —muy similar a la de los matrimonios civiles en peligro de muerte ante funcionario español—, y entendía que el matrimonio será por principio ineficaz y de validez incierta (16). Considerada la cuestión desde otra perspectiva, ya en 1976 se decía en la revisión del clásico CASTÁN que «en la actualidad la cuestión suscitada en torno a la admisibilidad de la *lex loci* en los matrimonios

(11) En sentido similar, PUENTE EGIDO: *Op. cit.* en nota 10, pág. 324 (Comentario a Sentencia número 102, de 20 de abril de 1974): «En contra de lo sentenciado en fallos anteriores, el Tribunal Supremo se colocó en esta decisión y en la que sigue sobre un terreno más firme».

(12) Véase, por todos, LALAGUNA: *Op. cit.*, pág. 912.

(13) Véase *Op. cit.*, pág. 912, nota 89.

(14) Véase W. GOLDSCHMIDT: *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1954, tomo II, págs. 287 y ss. (subrayados míos, J. C. G.).

(15) Véase LALAGUNA: *Op. cit.*, pág. 890.

(16) Véase *Op. cit.*, págs. 935 y ss.

celebrados por los españoles que no profesen la religión católica parece haber quedado resuelta en sentido afirmativo por la legislación del Registro Civil... (17).

Finalmente, cabe afirmar que la admisibilidad de la *forma local extranjera* era entonces con estricta subordinación a los principios generales del sistema, constituido por un matrimonio canónico —especie principal— y un matrimonio civil —especie subsidiaria—. La exigencia de la «acatolicidad» venía a desempeñar no sólo una función esencial, sino también instrumental, debiendo probarse *antes* del matrimonio (18). Por ello pudo escribir exactamente LALAGUNA que «la *acatolicidad, elemento extraño a la naturaleza del matrimonio civil en su acepción liberal*, se incorpora en nuestro sistema matrimonial a los demás requisitos de capacidad para integrar con ellos la *situación de libertad* necesaria en orden a la válida celebración del matrimonio en forma civil. Si atendemos no tanto a su *carácter legitimador en casos concretos* como a su *valor general dentro del sistema*, advertiremos que la *acatolicidad, como exigencia del matrimonio civil, sirve a una finalidad del ordenamiento de la Iglesia* (en cuanto mediante ella se protege la observancia de un precepto canónico), denegando la autorización del matrimonio civil o declarando la invalidez del indebidamente autorizado a personas *obligadas —por el ordenamiento estatal— a la forma canónica de celebración*. Esta relación entre el fin de la exigencia de acatolicidad —*observancia de un precepto canónico*— y el medio en que se hace valer —*disciplina del matrimonio civil*— muestra muy claramente el carácter *principal* de la forma canónica y el *subsidiario* de la civil» (19).

3 El supuesto de hecho litigioso y su encuadre en el sistema

Expuesto el supuesto de hecho y los principios generales del sistema *entonces vigente*, era perfectamente lógica la posición y argumentación del *recurso* de casación —cuyo deficiente desarrollo no obsta a la validez y rigor de los argumentos *de fondo*—, muy en la línea tradicional acorde con la interpretación mayoritaria jurisprudencial y doctrinal.

Tanto ambas partes litigantes como los Tribunales de primero y segundo grado y el propio Tribunal Supremo partieron de una *premisa* clara: la aplicación de la *ley española* al matrimonio civil celebrado por los litigantes en Leningrado, tanto en orden a la capacidad del contrayente varón como en orden a la validez y efectos de dicho matrimonio (20).

La aplicación de la *Ley material española* al matrimonio civil celebrado en Leningrado imponía la consiguiente aplicación de la norma conflictual establecida en el *artículo 42 del Código Civil* (redacción anterior a 1958) en su interpretación tradicional, anteriormente expuesta. Lo cual venía defendido en el *recurso* de casación por el marido demandante. Lo

(17) Véase CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO, en *op. cit.*, 9.ª ed., 1976, pág. 934, con cita —nota 2— de PORTERO, LALAGUNA, LÓPEZ ALARCÓN, PASCUAL NIETO y RUIZ HUERTA, y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 1967 y 27 de junio de 1969.

(18) Véase LALAGUNA: *Op. cit.*, págs. 906 y ss., especialmente 912 y ss.

(19) Véase *Op. cit.*, pág. 912, nota 88: subrayados míos (J. C. G.).

(20) En sentido concorde con lo expuesto, PUENTE EGIDO: *Op. cit.*, pág. 324, para quien —prescindiendo de la *intención* de los contrayentes acerca de la eventual *conexión* con la *Ley española*, en tanto que la ley personal del marido, del matrimonio celebrado— «fue el *cambio ulterior* del domicilio conyugal el que colocó a esta unión bajo el ámbito competencial y legal del sistema jurídico español».

cual venía a implicar, dado el carácter *conflictual* de dicha norma, una *remisión* a la Ley canónica (21).

En relación con todo ello, y refiriéndose al presente litigio, decía PUENTE EGIDO: «De modo especial merece destacarse la afirmación de la *indisolubilidad de tal unión como un principio de 'Derecho Natural'* que, en todo caso, acepta el sistema conflictual español. La doctrina concreta del fallo en este punto es: la Ley española regía la capacidad del español domiciliado en Moscú para celebrar matrimonio. Ahora bien, dentro de esa normativa, ¿la meramente civil o la canónica como el recurrente pretendía?» (22).

He traído aquí esta cita para hacer unas ligeras observaciones. En primer lugar, que esa subrayada afirmación de la *indisolubilidad* del matrimonio como un principio «de Derecho Natural» no aparece por ninguna parte en la sentencia del Tribunal Supremo, ya que el inciso final del considerando 2.º está refiriéndose a un argumento de la sentencia de la Audiencia y no alude a la *indisolubilidad*; más bien creo que la única vez que aparece esa afirmación subrayada a lo largo del supuesto litigioso es en el punto 4.º de la *Contestación a la Demanda*. En segundo lugar, que la doctrina concreta del fallo sea que la Ley española rige la capacidad del español domiciliado en Moscú para celebrar matrimonio es una consecuencia implícita en el fallo, pero en éste no se dice nada acerca de la fundamentación jurídica del mismo, sino que se parte de los hechos probados. Sólo con estas matizaciones es aceptable la opinión precedente del ilustre internacionalista, por otra parte tan ajustada como en él es costumbre.

A mi modo de ver, prescindiendo de los considerandos 1.º y 2.º, que recogen la posición de la sentencia de la Audiencia recurrida, lo que el considerando 3.º resalta son los hechos probados y, muy en especial, la «*acatolicidad*» del marido demandante, de tal forma que nada vale posteriormente alegar el recurso a la Ley canónica en contra de esa conducta reiterada de *acatolicidad*. Pero esto último enlaza ya con el epígrafe siguiente.

4 La coordinación de la Ley canónica y la Ley civil

Para la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en aquel entonces, todo el sistema se reducía al juego del carácter *principal* de la Ley canónica y *secundario* de la Ley civil.

Para la interpretación doctrinal moderna, muy crítica en este punto, «la apelación a un punto de conexión como el 'Bautismo' o la 'profesión de fe católica' con la intención de invalidar una unión civil anterior constituye un supuesto claro de fraude de ley en el Derecho Internacional Privado: mediante la manipulación de un punto de conexión que —por la vía de la *remisión* conflictual— lleva a la aplicación de una Ley material distinta a la que resultaría normalmente competente si no se produjera tal manipulación» (23).

(21) Ese carácter *conflictual* es evidente para los internacionalistas. Véase PUENTE EGIDO: *Op. cit.*, páginas 321 y 324. Con carácter más amplio, y en general, ver J. M. ESPINAR VICENTE, en E. PÉREZ VERA: *Derecho Internacional Privado (Parte Especial)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 175 y ss., especialmente 184 y ss. y 187 y ss.

(22) Véase *Op. cit.*, pág. 324 (subrayados míos: J. C. G.).

(23) Véase PUENTE EGIDO: *Op. cit.*, pág. 321 (subrayados míos: J. C. G.).

La posición del *Tribunal Eclesiástico* —ante la demanda del marido— era la tradicional habitual en la doctrina canónica: autorizarle para nuevas nupcias canónicas. Lo que *no hizo* —en contra de actitudes más clericales precedentes, al decir de PUENTE EGIDO— fue acoger la petición de resolver acerca del vínculo civil, quizá porque «verosímilmente esta actitud respondió a una interpretación más mesurada y, de hecho, más acorde con la propia letra del artículo 24 del entonces vigente concordato español con la Santa Sede» (24). Lo que *sí hizo* fue entrar en el juego del demandante, «con su apelación falaziosa a su condición de 'bautizado' y conseguir a través de ella una declaración de inexistencia, que equivalía en realidad a un divorcio» (25).

La posición de los *Tribunales civiles* —tanto los de instancia como el Tribunal Supremo— fue la de *rechazar* esa apelación tardía y fraudulenta del recurrente a su condición de «católico»: «Rechazo que se produce por primera vez después de 1940 y que lleva al Tribunal Supremo a *modificar* su jurisprudencia tradicional en la interpretación del concepto 'profesar la religión católica' y a *introducir una calificación propia* —independiente de la de los Tribunales Eclesiásticos— para fijar desde ella el ámbito de aplicación de las leyes civiles españolas. Y *esto*, en última instancia, *era negarse a refrendar* una clara manipulación de la Ley que hubiera constituido un fraude» (26).

La posición de la doctrina internacionalista reciente que —como PUENTE EGIDO— comenta este supuesto litigioso me parece correcta y exacta. A resaltar la clara conceptualización del *fraude de ley* implícito en la remisión conflictual a la Ley canónica en el caso de autos y en otros precedentes muy similares. Quizá no queda tan clara esa alusión, ya que el Tribunal Supremo introdujo una *calificación propia*, que entiendo debiera matizarse en sentido similar a mis observaciones precedentes, esto es, que lo que el Tribunal Supremo sienta son *unos hechos probados* y, más especialmente, *la acatolicidad* en la conducta reiterada del marido demandante y recurrente.

5. *Recapitulación final*

A la hora de cerrar estos breves comentarios cabe resumir aquí las consideraciones precedentes en el sentido siguiente:

1.º El supuesto de hecho litigioso es *anterior* a 1958, debiendo enmarcarse dentro de la interpretación habitual tradicional en la doctrina y jurisprudencia patrias.

2.º El principio cardinal del sistema matrimonial vigente *en dicho período* era el de la prueba de la acatolicidad. Tras la reforma de la legislación del Registro Civil en 1958 se admite la *virtualidad* de la *lex loci* para los matrimonios civiles de españoles acatólicos en el extranjero.

3.º El requisito de la *acatolicidad*, como exigencia del matrimonio civil, servía a una *finalidad* del ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica.

(24) Así, en PUENTE EGIDO: *Op. cit.*, pág. 325.

(25) Véase *Op. cit.* en nota precedente, pág. 325.

(26) Así, PUENTE EGIDO: *Op. cit.*, pág. 325.

4.ª El *punto de partida* del supuesto de hecho litigioso es el de la *aplicación evidente* de la Ley española al matrimonio civil celebrado por ambas partes en Leningrado.

5.ª Dada la remisión conflictual ex artículo 42 del Código Civil a la normativa canónica, la apelación al punto de conexión «bautizado» constituía un supuesto claro de *fraude de ley* en la técnica del Derecho Internacional Privado.

6.ª Los Tribunales civiles —en el caso de autos— rechazaron esa apelación tardía y fraudulenta a la condición de «católico». Posición encomiable, de signo progresista.

7.ª La verdadera *ratio decidendi* de la sentencia consiste en el hecho acreditado de una conducta reiterada demostrativa de acatolicidad en el marido demandante.

J. C. G.

V. SUCESIONES

MEJORA.—PARTICION: LESION.—Artículos 823, 829, 830, 1.056, 1.057 y 1.074 del Código Civil (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1983).

No es lícita la cláusula testamentaria por la que se faculta al mejorado para elegir los bienes en que haya de pagarse la mejora.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José-María Gómez de la Bárcena López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados-apelados contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña declarando la nulidad de la cláusula quinta del testamento y, en tal sentido, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Corcubión, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Que acusa el primer motivo, con amparo procesal en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documento auténtico que acredita la equivocación evidente del juzgador, dado que declarado en el primero de los considerandos de la sentencia impugnada que «son hechos que, por apreciación conjunta de la prueba, aparecen probados: Primero, que después de la muerte de J. V. G., abuelo materno de los aquí litigantes; hermanos C. V., con fecha quince de enero de mil novecientos treinta y dos, se practicaron las operaciones particionales de su herencia y en ellas se adjudicaron a su esposa, doña A. C., abuela materna de los referidos litigantes, entre otros bienes, los descritos en el hecho cuarto de la demanda (excepción de la finca «Rañadaira»), pero tal adjudicación en propiedad no fue de la totalidad del dominio sobre los mismos, sino sólo en condominio y por mitad y pro indiviso con su hija doña A. V. C., a quien en tal partición se adjudicó la otra mitad; segundo, que a medio de escritura notarial de veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, doña A. C. transmitió los referidos derechos adquiridos sobre esas fincas, en dación de

pago, a don V. C. P., yerno suyo por estar casado con su hija, doña A. V. C., haciendo constar en dicha escritura, en consonancia con su título de adquisición, que los derechos que cedía era el condominio, por mitad y pro indiviso, con su hija doña A. V. C., por lo que es evidente que la mitad del dominio de cada una de las referidas fincas pertenecía como bien parafernial a ésta y la otra mitad pasó a pertenecer a la sociedad de gananciales formada por ella y su esposo, don V. C. P., y como no hay la más mínima prueba de que esa situación jurídica fuese variada, hay que estimar que la misma subsistía cuando a la muerte de ambos cónyuges quedaron esos bienes en sus herencias; apreciación fáctica que, a juicio de los recurrentes, resulta desvirtuada por la escritura pública de veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, documento que se señala como auténtico, en apoyo del motivo que se examina, en el que no se hace la menor referencia al título a virtud del cual doña A. V. C. había devenido propietaria de las restantes participaciones indivisas de las fincas mencionadas, no existiendo más probanza para acreditar dicho extremo —pese a la declaración en la instancia de que a tal conclusión se llega por apreciación conjunta de las pruebas practicadas— que la mentada escritura, y ello porque no aparecen unidas a los autos las particiones, a que se hacen referencia en el escrito de proposición de prueba de la contraparte, que se dicen practicadas por el Perito M. V. R. en quince de enero de mil novecientos treinta y dos, por lo que ni en aquella escritura pública de venta ni en el testamento de don J. V. G. se hace referencia alguna a la naturaleza de los bienes objeto de la herencia de doña A. V. C., añadiendo que «tal errónea afirmación no puede obtenerse ni tan siquiera como una presunción, mediante la que pueda destruirse la a su vez obtenida por el contenido del artículo mil cuatrocientos siete del Código Civil, porque aquella presunción estaría además indebidamente obtenida»; motivo que ha de decaer por lo siguiente: A) Porque el error de hecho no puede apreciarse ni admitirse, por el resultado que ofrezca un medio probatorio aislado, cuando el hecho que en la instancia se estima probado, lo es por conjunta apreciación de las probanzas practicadas, sin que sea lícito al impugnante desvincular la resultancia probatoria obtenida para asentar su tesis impugnatoria en un documento o probanza aislada, Sentencias de veinticuatro de febrero y veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y uno; B) porque carecen de la condición de auténticos, a efectos casacionales, aquellos documentos que hayan sido estudiados, compulsados y valorados por el juzgador como elementos de su juicio y componentes de su razonada y razonable convicción, constituyéndose sobre ellos, por aquél, la tesis decisoria del proceso, Sentencias de diez de junio de mil novecientos ochenta y uno, diecinueve de febrero, cinco de marzo, diecisiete de mayo, seis y dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y dos, por citar las más recientes; C) por cuanto el error ha de resultar manifiesto y patente, sin precisar de interpretación, conjetura o deducción alguna, de tal forma que si se hace precisa cita de las normas de hermenéutica contractual presuntamente infringidas de las contenidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno a mil doscientos ochenta y nueve del Código Civil, especificando el concepto de la infracción, Sentencias de veintiséis de febrero de mil novecientos sesenta y tres y seis de abril de mil nove-

cientos ochenta y dos; D) porque lo pretendido por los recurrentes es establecer una nueva valoración probatoria, distinta a la obtenida en la instancia, sustituyendo con su personal criterio, lógicamente parcial, el más objetivo de la Sala sentenciadora, lo que no es dable en casación, Sentencias de veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y cinco, trece de octubre de mil novecientos sesenta y seis y veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, y E) porque contrariamente a lo mantenido por los recurrentes en el último párrafo del desarrollo del motivo, en la sentencia impugnada no se ha hecho uso de presunción alguna para establecer los hechos probados, sino que tal apreciación se asienta en pruebas directas; razones todas que justifican la repulsa del motivo que se contempla, arrastrando tal rechazo la del motivo segundo, en el por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación por no aplicación del artículo mil cuatrocientos siete del Código Civil, y ello porque al permanecer incólume, a efectos casacionales, la declaración de la Sala, en orden a la naturaleza de los bienes cuestionada, los impugnantes vienen a hacer supuesto de la cuestión al reputar gananciales los bienes integrados en la sucesión, contradiciendo así la apreciación obtenida en la instancia, que se mantiene inalterable, con la desestimación del primer motivo.

Que también por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa en el tercer motivo la infracción por aplicación indebida de los artículos ochocientos veintitrés, ochocientos veintinueve, mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete del Código Civil, con lo que se viene a atacar el contenido del considerando cuarto de la sentencia impugnada, en el que se razona la nulidad de la cláusula quinta del testamento otorgado por don V. C. P. en cuanto concede a su hijo don V. la facultad de elegir bienes para el pago de los tercios de mejora y de libre disposición, y ello por entender la Sala que tal nulidad viene determinada por suponer una extralimitación de las facultades que a los testadores confieren los tales preceptos, aplicabilidad que los recurrentes niegan por cuanto que, a su entender, el tal heredero no ha hecho uso de la facultad conferida, habiéndose operado la adjudicación al margen de la misma y en virtud de facultades que, por razón de su cargo, correspondían al contador-partidor, pero no porque los hubiera elegido el repetido heredero; motivo que también ha de decaer por las razones siguientes: A) Porque en el último inciso del extremo quinto de los hechos que se declaran probados claramente se alude a la directa intervención del recurrente don V. C. V. en las operaciones particionales, practicadas por el comisario-contador-partidor al decirse, sin que tal declaración fáctica se combata por adecuada vía, «que la adjudicación de determinados bienes, concretamente de la denominada 'Casa de la Escuela', se hizo de acuerdo con el heredero don V., lo que abiertamente viene a demostrar su muy directa intervención, en unión del dicho comisario, en la partición; B) porque el propio impugnante manifiesta: «presto mi conformidad, según se expresa en la base cuarta de este cuaderno particional, a las adjudicaciones hechas por el comisario contador-partidor», en cuyo cupo cuarto se le adjudican los bienes de su haber hereditario, manifestaciones lo suficientemente claras y expresivas

de que hizo uso de la facultad de elección conferida testamentariamente por su padre en la cláusula quinta de su testamento; C) porque lo que los recurrentes pretenden es atacar la interpretación verificada por la Sala sentenciadora de una determinada cláusula testamentaria, facultad soberana de la Sala, que sólo puede impugnarse con cita de las normas interpretativas contenidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno y siguientes del Código Civil, lo que al no hacerse determina que la interpretación de la Sala haya de mantenerse en cuanto declara la nulidad de la meritada cláusula; D) porque como ya dijo la Sentencia de dieciséis de junio de mil novecientos dos, si con arreglo al artículo ochocientos treinta del Código Civil no solamente no es lícito encomendar a otro la institución de la mejora, tampoco lo es encomendar a otro, ni al propio heredero mejorado, la facultad que al testador otorga el artículo ochocientos veintinueve del mismo Código de señalar la cosa cierta que haya de pagarse, y E) que aunque, a la vista de lo establecido que la sentencia antes invocaba, el otorgar dicha facultad de señalamiento y determinación de los bienes al mejorado apareja de suyo la nulidad de la cláusula, prescindiendo de que el tal heredero haya hecho uso o no de la facultad de elección, la resultancia probatoria obtenida así lo declara, sin que tal apreciación haya sido eficazmente combatida, por cauce hábil, por los recurrentes.

Que acusa el cuarto y último de los motivos del recurso, también por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación por no aplicación del párrafo segundo del artículo sexto del Código Civil, que previene que «la exclusión voluntaria de Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros», renuncia que, a su juicio, es operada por los recurrentes, que estiman válida, en lo que se refiere a la denominada «Casa de la Escuela», ya que la supuesta lesión a los demás herederos no supera el margen de la cuarta parte a que se refiere el artículo mil setenta y cuatro del Código Civil; motivo que también ha de claudicar desde el momento en que la eficacia de tal renuncia no sólo entraba en el área facultativa del renunciante, sino que exigía el consentimiento de los demás herederos, conformidad que, al no haberse producido, aboca a la nulidad de la partición verificada al conculcarse abiertamente la voluntad testadora, que en su testamento dispuso la adjudicación, en pago del tercio de mejora y del de libre disposición a su hijo V. del derecho que a aquélla correspondía en la llamada «Casa de la Escuela», no obstante lo cual el comisario la adjudicó en *pro indiviso* a los herederos don J. y don A., con la expresa disconformidad del también heredero don V., a quien estaba atribuido tal bien, una violación de la declaración de voluntad de la testadora, que es la Ley suprema por la que la sucesión se rija, Sentencia de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y dos, siendo facultad exclusiva de la Sala sentenciadora la interpretación de las cláusulas testamentarias, que en el caso que se examina ha cumplido la preceptiva del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, párrafo primero, atendiéndose al sentido literal de las palabras por aquélla utilizadas, literalidad interpretativa proclamada reiteradamente por las Sentencias de seis y veintiuno de febrero y cuatro de

octubre de mil novecientos sesenta y dos, veinticinco de abril de mil novecientos sesenta y tres, cinco de marzo de mil novecientos sesenta y cinco y cinco de julio de mil novecientos sesenta y seis, y que ha de ser mantenida en casación en tanto no se demuestre la infracción de normas legales de hermenéutica, Sentencias de treinta de octubre de mil novecientos setenta, treinta de abril de mil novecientos ochenta y uno y ocho de junio de mil novecientos ochenta y dos; circunstancias que abonan el rechazo del motivo, sin que en ello pueda incidir la lesión a la que la Sala de Instancias hace referencia al ser aducido como un razonamiento más, pero no el sustancial, determinante de la declaración de nulidad de las operaciones particionales practicadas por el comisario demandado y recurrente.

RESERVA VIDUAL.—AMPLIACION DE HIPOTECA.—EXTINCION POR TRANSACCION.—Artículos 968, 977 y 978 del Código Civil y 184 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar a los recursos de casación por infracción de Ley interpuestos por las respectivas partes litigantes contra la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, que, a su vez, había estimado la demanda.

La cuestión se reduce a que el nieto del causante solicita ampliación de la fianza (hipoteca por bienes reservables) constituida por su abuela viuda que había contraído segundas nupcias.

Las razones del Tribunal Supremo se articulan en los siguientes considerandos:

Considerando que a tenor de lo dispuesto en el artículo novecientos sesenta y ocho del Código Civil, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio está obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto con sorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales, obligación de reserva que se traduce, según lo establecido en los artículos novecientos setenta y siete y novecientos setenta y ocho del mismo Cuerpo legal y artículo ciento ochenta y cuatro de la Ley Hipotecaria, en las obligaciones accesorias, primero, de inventariar todos los bienes sujetos a reserva; segundo, de anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles; tercero, de tasar los muebles, y cuarto, de constituir hipoteca para asegurar la restitución de los bienes muebles no enajenados, el abono de sus deterioros, el precio que hubiere recibido por los enajenados y el valor de los inmuebles válidamente transmitidos; de cuyos preceptos se desprende que tales obligaciones accesorias y con independencia del inventario general, se concretan respecto a los inmuebles, en anotar en el Registro su calidad de reservables o en inscribirlos con dicho carácter si no estuvieran inmatriculados y en asegurar con hipoteca el valor de los válidamente enajenados (lo que equivale a afirmar, enajenar-

los con anterioridad a las segundas nupcias o con posterioridad si al no constar en el Registro su calidad de reservables actúan los principios hipotecarios, y más concretamente, el de fe pública registral, en favor del tercer adquirente), sin que fuera de este específico supuesto de enajenación pueda entrar en juego, a los efectos de constituir o ampliar la hipoteca legal, el valor de los inmuebles reservables, pues su constatación registral equivale a la publicación de una causa resolutoria que afecta a terceros adquirentes, a tenor de lo establecido en el número primero del artículo treinta y siete de la Ley Hipotecaria, en relación con el número diez del artículo ciento siete de la propia Ley y con el artículo novecientos setenta y cinco del Código Civil, con lo que quedan suficientemente garantizados los derechos del reservatario.

Considerando que sentado lo anteriormente expuesto y entrando en el estudio de los recursos planteados, una exigencia de orden procesal impone dar prioridad al deducido por la parte demandada, dado que la hipotética estimación de su tesis relativa a la extinción de la obligación de reserva como consecuencia de la transacción convenida, haría innecesario el examen del recurso interpuesto por la parte actora, cuya pretensión de ampliación de la hipoteca legal que se había constituido en garantía de los bienes reservables presupone la vigencia de tal reserva, y a tal efecto y en relación al primer motivo, articulado al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, en el que se denuncia la infracción, por violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, mil doscientos ochenta y dos y mil doscientos ochenta y tres del Código Civil, al no valorar en la interpretación del contrato de transacción de treinta de mayo de mil novecientos setenta y tres los actos anteriores, coetáneos y posteriores al referido contrato, su desestimación es inconcusa: primero, porque la interpretación de los negocios jurídicos es facultad privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio debe ser mantenido en casación, salvo que se trate de interpretaciones desorbitadas o arbitrarias que pugnen con las reglas de la lógica; segundo, porque aunque se admitiere que la extinción del condominio sobre el caudal relicto y la subsiguiente adjudicación de bienes a los herederos, viuda y nieto del causante, fue consecuencia de un contrato de transacción —pese a no aflorar a la superficie en aquel momento ni la existencia de una causa litigiosa ni la recíproca concesión o sacrificio de las partes—, es indudable que al haber actuado dicho nieto, menor de edad, representado por su padre, tal contrato, aun en el supuesto de haber existido, no llegó a surtir efectos por falta de la aprobación judicial exigida por el artículo mil ochocientos diez, dos, del Código Civil, y tercero, porque, a mayor abundamiento, y en cualquier caso, incluida la aprobación judicial, tampoco tendría la eficacia pretendida dado que la transacción es de interpretación estricta y sólo comprende los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma (artículo mil ochocientos quince del Código Civil), supuesto que no es el de litis, en el que ni se menciona una sola vez la obligación de reservar como objeto del contrato, ni puede entenderse que la escritura de extinción del condominio y el documento privado suscrito el mismo día tuvieran otro ob-

jetivo y alcance que la cesación en la comunidad de bienes constituida en el cuaderno particional.

Considerando que la misma suerte desestimatoria debe correr el segundo y último motivo, apoyado en el número tercero del referido artículo mil seiscientos noventa y dos, en el que se denuncia la infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve, en relación con el artículo quinientos cuarenta y ocho, ambos de la misma Ley Procesal, pues aunque es cierto que la oposición a la demanda se fundamentaba principalmente en haberse transigido en el documento de fecha treinta de mayo de mil novecientos setenta y tres sobre todos los derechos que correspondían al actor, y también lo es que en el cuarto considerando de la sentencia recurrida se estudia tal excepción y se declara ineficaz dicho pretendido contrato de transacción por defecto de la necesaria aprobación judicial al haber actuado en el mismo el padre en representación del actor, entonces menor de edad, sin que sobre tal ineficacia se contenga pronunciamiento alguno en la parte dispositiva de la sentencia, no es menos cierto, por un lado, que en el suplico de la contestación a la demanda se solicita única y exclusivamente la desestimación de la demanda, y por otro, que, en último extremo, tal defecto no podía tener más trascendencia que el de una omisión material que pudo subsanarse de oficio o a instancia de parte y que en ningún caso privó a la demandada de sus derechos procesales, como lo acredita la interposición y admisión a trámite del presente recurso, sin que, por otra parte, pueda entrarse en el examen de la infracción que se dice cometida al no haberse practicado la prueba pericial que se solicitó y se admitió en primera y segunda instancia, ya que tal cuestión al implicar, en su caso, una infracción *in procedendo* y no *in iudicando*, no puede tipificarse en ninguno de los supuestos del artículo mil seiscientos noventa y dos, por lo que en su día debió inadmitirse y hoy desestimarse.

Considerando que en el recurso interpuesto por la parte actora, se denuncia, en el primero de los motivos, formulado al amparo del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, el error de hecho en la apreciación de las pruebas resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, motivo que debe rechazarse si se tiene en cuenta que, frente a la afirmación de la sentencia recurrida de no haberse aportado por el actor elementos de juicio justificativos del valor de los bienes reservables, se invocan, para acreditar el alegado error, las escrituras de diez de octubre y quince de noviembre de mil novecientos setenta y tres, que contienen las operaciones particionales de la herencia de don C. G., con la adjudicación pro indiviso de los bienes relictos a la viuda y a la hija del matrimonio (a la viuda, en pleno dominio, tres sextos del total del caudal relicto por su mitad de ganancias, un sexto del total por el tercio de libre disposición y otro sexto por su cuota legal usufructuaria, y a la hija, el sexto, en pleno dominio, por su legítima estricta, y el sexto, en nuda propiedad, del tercio de libre disposición), los documentos privados de siete de abril y treinta de mayo de mil novecientos setenta y tres y la escritura pública de esta última fecha en los que se acuerda la extinción del condominio con la consiguiente adjudicación; y si bien es cierto que tales documentos acreditan la relación de bienes que integraban el caudal relicto, así como la omisión

en los últimos de ciertos bienes de la herencia, no lo es menos que a los efectos que aquí interesan, ni justifican por sí mismos el valor de los bienes de naturaleza mueble, ni si se enajenaron por la reservista bienes inmuebles, y en caso afirmativo, su precio de transmisión, únicos bienes o valores a los que se extiende la obligación de constituir hipoteca legal (artículos setecientos setenta y ocho del Código Civil y ciento ochenta y cuatro de la Ley Hipotecaria), ya que el resto de los inmuebles, como se ha dicho, quedan garantizados, si están inscritos, con la constatación registral de su cualidad de reservables, al publicar dicha constatación la existencia de una acción resolutoria que afectará, en su caso, a los terceros adquirentes, a tenor del artículo treinta y siete de la Ley Hipotecaria, y si no están inscritos, con la posibilidad de solicitar la inmatriculación con tal cualidad, o con la facultad concedida por el artículo novecientos setenta y cinco del Código Civil de pedir la resolución de las enajenaciones hechas después de contraído el segundo matrimonio si a la muerte del reservista quedan hijos o descendientes del primer matrimonio; debiendo afirmarse, como consecuencia de lo expuesto, no acreditado el error de hecho en la apreciación que de las pruebas realizó el Tribunal de instancia, es decir, no justificado que la hipoteca legal que en el año mil novecientos setenta y tres constituyó en acto de jurisdicción voluntaria la reservista para la seguridad de los bienes reservables, en cuantía de cuatro millones doscientas noventa y siete mil trescientas sesenta y seis pesetas con setenta céntimos por los bienes inmuebles, y dos millones ochocientos ochenta mil trescientas veinticinco pesetas con noventa céntimos por los bienes muebles, en total, siete millones ciento setenta y siete mil seiscientos noventa y dos pesetas con sesenta céntimos, sea insuficiente.

Considerando que el segundo de los motivos del recurso, formulado al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, y en el que se invoca la infracción, por violación, del artículo novecientos sesenta y ocho del Código Civil, al pretender que la ampliación de la hipoteca legal constituida debe garantizar el valor de la totalidad de los bienes reservables y no sólo el valor de los muebles y el precio de los inmuebles válidamente enajenados, incurre en el mismo defecto de argumentación anteriormente puesto de relieve, por lo que sin necesidad de otros razonamientos debe rechazarse, como asimismo decae, por hacer supuesto de la cuestión, el motivo tercero con apoyo en el citado ordinal, y en el que acusa la infracción, por violación, del artículo ciento sesenta y tres de la Ley Hipotecaria, pues aunque tal artículo faculta para pedir la ampliación de las hipotecas legales en cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes, tal insuficiencia no aparece acreditada, como se ha dicho anteriormente.

Considerando que el cuarto y último motivo se formula con apoyo en el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos, por no ser la sentencia recurrida congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, con infracción, por inaplicación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal Civil, argumentando a tal efecto que la parte demandada no cuestionó la cuantía de la ampliación de la reserva, ya que basó su oposición en que no era exigible garantía alguna por haberse transigido sobre la misma, argumentación que no pue-

de aceptarse por estar en manifiesta contradicción con lo sentado por la sentencia recurrida en su primer considerando, en el que, después de recoger la pretensión actora, textualmente dice sobre el particular aquí discutido: «... como también se opone a las valoraciones asignadas por el actor a los bienes objeto de reserva», y esta oposición a tales valoraciones no podía tener otro objetivo que cuestionar —en caso de desestimarse la invocada transacción— la procedencia de la ampliación de la hipoteca en atención a ser suficiente la constituida inicialmente, teniendo en cuenta el montante económico que debía garantizarse con ella.

F. C. L.