

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º DERECHO CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PARA QUE SE PUEDA APLICAR EL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL, EN CASO DE DELITOS O FALTAS, HA DE QUEDAR PREVIAMENTE EXTINGUIDA LA ACCION PENAL (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Cuando se trata de una infracción penal por falta, y no de acto u omisión ilícito no penados por la ley, el Código Civil se remite al Código penal, regulador de las obligaciones civiles derivadas del acto ilícito penal (delitos y faltas) y de su determinación, tanto en su aspecto material como procesal; y, por tanto, no puede intentarse la aplicación pretendida en el recurso del artículo 1.903 del Código Civil, ya que solamente en los casos de extinción de la acción penal por no poder declararse un hecho delictivo (absolución, sobreseimiento, muerte, rebeldía o indulto) queda expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles, pues en otro caso quedan definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas de infracción penal, ya que la competencia de los Tribunales penales para conocer de la acción civil derivada del hecho punible, aunque al mismo tiempo sea acto ilícito civil, excluye, sobre todo en el supuesto de sentencia condenatoria en la que se resuelve sobre la acción civil, la competencia de los Tribunales de este orden, porque entonces la acción civil ha quedado consumida o agotada.

NO TIENE NECESIDAD EL DEMANDANTE DE EXPRESAR LA CLASE DE ACCION QUE EJERCITE (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que son distintas la acción de resolución y la de nulidad, no es menos cierto que, según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que debe contener toda demanda es una exposición sucinta y numerada de los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con claridad y precisión lo que se pide y la persona contra quien se proponga, sin necesidad de expresar la clase de acción que se ejercite, lo que sólo se requiere, a tenor del párrafo segundo, cuando por ella se determine la competencia, de acuerdo con lo cual la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que se haga en la demanda de una norma legal, como por los hechos alegados y lo pedido en la súplica, no siendo preciso determinar la acción, bastando que se deduzca de la relación de hechos y fundamentos de derecho, sin que vincule al Juzgador la calificación de las acciones que haga el litigante, pues aquél es competente para precisar en cada caso la utilizada, pudiendo dar al contrato litigioso una configuración jurídica distinta, basándose en los hechos presentados por las partes, todo ello como consecuencia del principio *iura novit curia*.

UNICAMENTE ES TERCERO HIPOTECARIO EL ADQUIRENTE CONTEMPLADO POR EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—El recurso reposa en el tema de si son o no terceros hipotecarios los recurrentes; cuestión que debe resolverse negativamente, pues, en efecto, siquiera sea obvio que los recurrentes son terceros respecto de los contratos invocados, ello es cierto en el orden puramente civil y en el sentido de que son los recurrentes extraños a la formación de las relaciones jurídicas dimanantes de dichos contratos, pues parte, en el sentido contractual del término, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta el contrato, y por exclusión, todos aquellos en quienes no concurra esa condición o la de ser herederos de alguno de los sujetos del contrato tienen con relación al mismo la consideración de tercero; pero no es ése el sentido que merece el concepto dentro del régimen hipotecario, pues tercero hipotecario, destinatario y razón de ser de la fe pública registral lo es únicamente el adquirente, contemplado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

CARACTER DE LA NOVACION EN EL DERECHO ESPAÑOL (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—En el Derecho español, la novación tiene un concepto amplio y original que ni responde exactamente a la noción romana, que se limitaba a reconocerla cuando se producía en la obligación una alteración de importancia, ni refleja tampoco con pureza el sistema germá-

nico, que posibilita la modificación de un crédito sin destruir su identidad, pasando a ser una concepción amplia con base en la libertad contractual, sancionada en el artículo 1.255 del Código Civil, para modificar las obligaciones variando su objeto o sus condiciones principales, que permite incluir dentro de la novación no sólo la figura tradicional de la extintiva, también llamada propia, que se traduce en una extinción de la deuda existente mediante constitución de una nueva obligación abstracta que ocupaba el lugar de aquélla, sí que también la modificativa, denominada doctrinalmente impropia, que surge de la mera modificación de un crédito existente sin destruir su identidad, o sea, siempre que por razones especiales no se justifique la hipótesis del efecto más fuerte, lo que puede emanar bien por la modificación de la prestación debida en cuanto a su contenido, lugar, tiempo o condiciones (contrato de modificación), ya por transmitir el crédito a un nuevo acreedor (cesión de crédito), ora por asumir la deuda un nuevo deudor (asunción de deuda).

EL PLAZO PREFIJADO PARA LA COBERTURA DE LA FIANZA NO SEÑALA LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL ACREEDOR A HACERLA EFECTIVA (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La noción de la caducidad como instituto por el cual y con el transcurso del tiempo fijado por la ley o los particulares para el ejercicio de un derecho, éste se extingue, nada tiene que ver con la fianza por la que, según el artículo 1.822 del Código Civil, se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste, y que entre los efectos que le son propios y que crea y establece entre el fiador y el acreedor, inscribe el de que el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, según el artículo 1.834, aunque quede a salvo siempre el beneficio de excusión cuando se dé sentencia contra los dos, sin que el plazo prefijado para la cobertura de la fianza señale la extinción del derecho del acreedor a hacerla efectiva.

NO HAY LUGAR A CASACION CUANDO LA SENTENCIA A DICTAR CONTenga EL MISMO FALLO (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—No puede darse lugar a la casación de una sentencia cuando la que hubiera de dictarse habría de contener el mismo fallo, aunque lo fuera por distintos fundamentos, como ya tuvo ocasión de establecer este Alto Tribunal en sus Sentencias de 30 de septiembre de 1976, 25 de marzo de 1981 y 15 de febrero de 1982.

LA TRANSMISION DE UNA RELACION CONTRACTUAL ESTA ADMITIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La transmisión o cesión de la relación contractual, que pasa a ligar a personas distintas de quienes originariamente

la contrajeron, figura admitida por algún ordenamiento foráneo (Código Civil italiano), es posible en el patrio, como la doctrina científica entiende, a la luz del principio de la libertad de pactos proclamado en el artículo 1.255 de Código Civil, y así lo tiene admitido la jurisprudencia, declarando que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión.

Institución recogida en la Ley 513 de la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, según la cual todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo, siempre que medie la anuencia previa o posterior del otro sujeto del negocio, y es efecto característico de tal figura que el cedente resulta desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar.

EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL PUEDE CONDICIONARSE AL PAGO POR EL DEUDOR (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Esa complejidad en la denuncia o requerimiento del vendedor, que ha servido a la doctrina científica para sostener encontradas tesis en torno a la naturaleza jurídica y efecto del acto del requerimiento, para unos constitutivo de una intimación al pago, con resolución *ex lege* si éste no se produce; para otros notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimidación para que éste se produzca, que es la doctrina legal de esta Sala; la circunstancia de que en el caso aquí propuesto el requerimiento resolutorio vaya precedido de una conminación última al pago, no desprovee al acto de su verdadera naturaleza y fin esencial.

No hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento *ex* artículo 1.504 como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— en la que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se condicione (en su sentido técnico-jurídico) o se subordine a cumplimiento de un acto (el pago por el deudor comprador); esa posibilidad de condicionar el requerimiento resolutorio tampoco choca contra ningún postulado, bien particular, tocante a la licitud de las condiciones, bien general referido al ejercicio normal de los derechos o conforme a las exigencias de la buena fe, cuando, como es evidente, no se hace con ello sino dar al deudor una última oportunidad para el cumplimiento del contrato, es decir, una posibilidad para evitar la resolución.

LA ANOTACION PREVENTIVA NO PREVALECE SOBRE ACTOS DISPOSITIVOS ANTERIORES (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, que

otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la anotación, pero *sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos*.

OPCION DE COMPRA: DEBE CONSIDERARSE RECIBIDA LA DECLARACION DEL OPTANTE CUANDO NO ESTABA EN SU POTESTAD CONSEGUIR EL CONOCIMIENTO DEL OFERENTE (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La perfección del contrato de opción de compra depende de modo exclusivo de la aceptación del optante, que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al oferente al cumplimiento y fija definitivamente las obligaciones recíprocas que sobre su base han de ser posteriormente exigidas, pero no precisamente en el plazo establecido, que es únicamente atinente a la necesidad de formalizar la aceptación durante su transcurso, si bien tal declaración de voluntad del optante tiene carácter recepticio, lo que quiere decir que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo opcional, a fin de ser conocido por este último, pero bien entendido que lo que con la notificación se pretende es tan sólo el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante, debiendo considerarse recibida tal declaración aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento.

RESPONSABILIDAD AQUILIANA: EVOLUCION DEL SISTEMA SUBJETIVISTA (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—En materia de responsabilidad aquiliana tiene declarado esta Sala con reiteración, que si bien nuestra legislación no tiene admitido de modo expreso el sistema objetivista como determinante de la responsabilidad de los daños recibidos por un tercero, exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, no es menos cierto que el sistema subjetivista viene evolucionando en la jurisprudencia, unas veces invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia precisa para evitarlos, por entender que no sólo lo contrario a la ley es ilícito, sino que debe ir acompañado de la diligencia, y otras veces exigiendo esa misma diligencia en acciones legítimas, llegando a declarar que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que falta algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

EL PRIMORDIAL OBJETIVO DE UN SINDICATO ES LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE UNA DETERMINADA PROFESION (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1982).

Hechos.—El Supremo declara no conforme a Derecho la constitución de una pretendida «Asociación Sindical de Trabajadores en Paro».

Doctrina de la sentencia.—Es la representación y defensa de los intereses profesionales lo que constituye el primordial objetivo del sindicato, y dado que el principio de profesionalidad informa todo el campo de esta manifestación asociativa, hasta el punto de que se pueda afirmar que los sindicatos encuentran su razón de ser y su fin en la solidaridad profesional, obligado es concluir que el ejercicio del derecho de sindicación, creando la persona jurídica que es sustrato de ellos, exige como presupuesto indeclinable el efectivo ejercicio de una actividad, pues los móviles asistenciales (la protección a los parados entre éstos) siempre constituirán objetivos de menor rango que el más característico de la representación y defensa de los intereses de una determinada profesión.

LA APLICACION DEL ARTICULO 1.598 DEL CODIGO CIVIL REQUIERE PACTO EXPRESO DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La aplicación del artículo 1.598 del Código Civil requiere como elemento ineludible, como se infiere de su sentido literal, de la redacción de la Ley 24, título 2.º, libro 19 del *Digesto*, que le sirve de antecedente («*si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus approbatur*»), y de la interpretación dada por la jurisprudencia al mismo, el pacto específico de las partes conviniendo expresamente que la obra debe hacerse a satisfacción del propietario, habiendo de ser justo el arbitrio del propietario, pues, como expresaba el texto clásico *ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset*, nunca podría escudarse la comitente para negar el pago del precio en pretendidos defectos de que adolece la ejecución de la obra, que la Sala *a quo* tiene por no demostrados.

LA CESION DE CREDITOS PUEDE HACERSE CONTRA LA VOLUNTAD DEL DEUDOR (SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, sancionada, entre otras, en sus Sentencias de 27 de febrero de 1891, 28 de octubre de 1957 y 5 de noviembre de 1974, la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento el hecho en favor del cedente.

REQUISITOS PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de revisión ha de fundarse en una de las causas que, en elenco cerrado, ofrece el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y cuando se apoya en la causa 4.ª y submotivo de haberse ganado la sentencia por maquinación fraudulenta, precisa, para su prosperabilidad, la concurrencia de los siguientes requisitos: Primero, que la maquinación consista en la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida, que mediante el empleo de astucia, artificio u otro medio semejante tienda a conseguir una lesión a quien pretende ampararse en este recurso. Segundo, que esa conducta haya efectivamente conducido a la obtención de una sentencia firme favorable al que, para ganarla, utilizó semejante modo de proceder. Tercero, que tal maquinación, que puede consistir en la ocultación del domicilio, o del nombre de los demandados, a pesar de no ignorarlos, o en el empleo de cualquier ardid que impida a éstos el conocimiento de la existencia del pleito que contra ellos se pretende tramitar, sea de influencia notoria en la decisión judicial que le puso fin y cuya rescisión se intenta obtener a través de este recurso. Y, finalmente, cuarto, que se haya interpuesto dentro del plazo establecido por el artículo 1.798 de la ley, plazo que es de caducidad.

LA FALTA DE PERSONALIDAD RESULTA DE LA INCAPACIDAD PARA LITIGAR (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La falta de personalidad no es la que puede resultar del derecho con que litiga una persona, lo que constituye falta de acción, sino de su absoluta o relativa incapacidad para litigar, sin que pueda en modo alguno confundirse con la falta de título o derecho para demandar o ser demandado, aunque éste proceda de haberlo transmitido un tercero, porque esto en nada afecta a la personalidad del litigante.

LA SANCION DEL PARRAFO 4.º DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ES DE ANULABILIDAD (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La sanción del párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no es de nulidad radical o de pleno derecho, sino de anulabilidad o nulidad relativa, pues se trata de un contrato que reúne todos los requisitos que, para su validez, señala el artículo 1.271 del Código Civil, y el acto realizado no es contrario a una norma imperativa, como exige el apartado 3 del artículo 6 del mismo, lo que no debe confundirse con la dicción legal de «serán nulas», que emplea el legislador, porque con ello se alude al modo de expresarse los preceptos legales, que lo es con mandatos, no con meras admoniciones, independien-

temente del contenido interno comprensivo de dos posibles clases de nulidad (absoluta y relativa) en el decir tradicional de nuestro sistema, cuya falta de rigor técnico, bien conocida, se constata en el propio Código, donde la titulación del capítulo 6.º del título segundo del libro cuarto es la de «nulidad de los contratos», único nombre que allí figura para comprender también los casos propios de anulabilidad del artículo 1.300 y concordantes.

SOLO CONSTITUYEN «LEY» A LOS EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY, LAS NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación por infracción de ley ha de alegar como infringidas leyes o doctrinas legales referidas a cuestiones debatidas en el pleito, constituyendo «ley» a los efectos del mismo recurso extraordinario únicamente las normas de Derecho sustantivo, material o privado, ya se hallen en alguno de los códigos de Derecho privado o incluso en leyes procesales o especiales, cuando el precepto invocado tenga el carácter de norma de Derecho sustantivo, toda vez que el recurso de casación carece de viabilidad cuando las disposiciones que se citan en el mismo «no tienen el carácter de leyes del Reino definidoras de derechos civiles»; y en aplicación de esta doctrina no puede fundarse el mismo recurso en infracción de preceptos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyas normas sean de carácter puramente procesal.

J. Q. S.

LOS FUNDAMENTOS SENTADOS POR LA RESOLUCION IMPUGNADA QUEDAN INCOLUMES EN CASACION AL NO HABER SIDO ATACADOS POR LA VIA ADECUADA AL EFECTO DEL ORDINAL 7.º DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY PROCESAL CIVIL.

INCONGRUENCIA: LA SENTENCIA QUE ESTIMA LA ACCION EJERCITADA EN LA DEMANDA Y CONDENA AL DEMANDADO, DES-ESTIMA IMPLICITAMENTE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS POR EL MISMO (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—a) Por contrato de venta a plazos de bienes muebles, de junio de mil novecientos setenta y siete, la entidad actora «M., S. A.», vendió a «Ex., S. A.», un conjunto de estanterías y accesorios por el precio de dos millones doscientas noventa y nueve mil noventa y seis pesetas, de las que quedaron aplazadas un millón ochocientas treinta y nueve mil doscientas setenta y siete pesetas, pactándose que la falta de pago de dos de los plazos podía dar lugar al vencimiento de lo adeudado. b) La obligación de pago fue afianzada por el demandado y por otra persona ajena a este juicio, solidariamente entre sí y con igual carácter solidario respecto al deudor principal. c) El deudor principal adeuda a la actora, aquí recurrida, la cantidad de un millón cuatrocientas noventa y cuatro mil cuatrocientas

setenta pesetas, cuyo pago es exigible a tenor de lo pactado al dejar de pagar más de los dos plazos. *d)* Respecto a la identificación de los bienes vendidos con reserva de dominio por «M., S. A.», no podía negarse que había especificación comercial minuciosa de las características y número, dimensiones, propiedades, etc..., de los muebles vendidos, desarmables o no, y sobre los cuales no se prueba se convirtieran en inmuebles por incorporación, sino «arriostados», y la designación del lugar y número de registro de la operación de la vendedora en sus libros ayudaba, sin duda, a identificarlos, no pudiendo ni mucho menos declararse su ineficacia en el caso de que la vendedora hubiera hecho valer dicha reserva dominical, y menos sin cita a juicio de todos los pasivamente legitimados. *e)* En lo que hacían referencia a la extinción de la fianza por agravación de sus condiciones o alargamiento del plazo, si bien con arreglo a la preceptiva contenida en el artículo mil ochocientos cincuenta y dos del Código Civil, la fianza podía quedar extinguida si por algún hecho del acreedor no pudieran los fiadores quedar subrogados en los derechos, hipotecas o privilegios del mismo, en el caso de la litis, en primer lugar, el demandado fiador contradice su propio criterio, ya que si era imposible ejercitar su reserva de dominio porque lo vendido era inidentificable, no podía hacer dejación de tal derecho al acreedor, y si, abandonando la tesis de esta inidentificabilidad, entiende el demandado que la entidad actora debió y pudo hacer valer su reserva evitando o haciendo levantar incluso el embargo, debió asimismo probar el fiador demandado su imposibilidad de intervenir en los procedimientos de ejecución de bienes seguidos contra la entidad deudora, «conocido formalmente por el fiador el impago de las 'letras' por él avaladas en complemento de la operación, calificada como de 'arrendamiento de obras'».

Este resumen de hechos se toma del primer considerando de la sentencia que resumimos, que lo formula como presupuestos fácticos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declaró haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que en el primer motivo del recurso, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de violación, en el concepto negativo de inaplicación de los artículos primero y segundo del Decreto de doce de mayo de mil novecientos sesenta y seis, dictado en desarrollo de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y cinco, en relación con el artículo veinte de la misma, imponiendo la desestimación del motivo, con el que se pretende llegar a la conclusión de que el contrato origen de la litis no podía tener la naturaleza jurídica de los normados como venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio por inidoneidad del objeto, y porque la reserva de dominio pactada en el mismo carecía de la más mínima virtualidad, la circunstancia de que los fundamentos fácticos sentados al respecto por la resolución impugnada y a que se hace concreta referencia en el apartado *d)* del razonamiento que antecede, quedan incólumes en casación al no haber sido atacados por la vía adecuada al efecto del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, procediendo por idéntico razonamiento el rechazo del segundo motivo, en que, también por la vía del número primero del artículo mil seis-

cientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, se denuncia la violación, por falta de aplicación del artículo mil doscientos sesenta y seis, en relación con el mil doscientos sesenta y uno y mil doscientos sesenta y cinco del Código Civil, con fundamento en que el demandado, hoy recurrente, incurrió en error al creer afianzar un contrato de venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio que, atendida la naturaleza de la cosa objeto de la convención no podía tener eficacia, derivando, en su consecuencia, el alegato por el que el motivo se desarrolla de circunstancia fáctica afecta ante el objeto referido, o sea, a la «sustancia de la cosa» a que en concreto se contrae la preceptiva contenida en el párrafo primero del artículo mil doscientos sesenta y seis del Código Civil, con olvido de que, como esta Sala ha sancionado con reiteración en sus Sentencias, entre otras, de diez de octubre de mil novecientos sesenta y dos y veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, el error en las condiciones de la cosa por carecer de alguna de las que se le atribuyeron y que ésta fue la que principalmente motivó su celebración, constituyen temas que, como cuestión de facto, la una, y de interpretación de negocios jurídicos, la otra, corresponde apreciar y enjuiciar al Tribunal sentenciador en la instancia.

Considerando que en el motivo tercero del recurso, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el recurrente infracción, por interpretación errónea, del artículo mil ochocientos cincuenta y dos del Código Civil, enfrentándose con las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida consignadas en el apartado e) del primer razonamiento de esta resolución, al entender que la entidad acreedora, al entablarse los procedimientos judiciales contra los bienes del deudor principal, debió hacer uso de la reserva de dominio, para luego poder reclamar frente al presunto fiador, más resultando la certeza del hecho de que el mencionado fiador, aquí recurrente, al haber también avalado las letras de cambio origen de aquellos procedimientos conoció la existencia de los mismos, es obvio que al margen de su posibilidad o imposibilidad de intervenir en ellos en calidad de tercerista, pudo frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que, al menos, quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba, razón por la que no puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el «hecho» determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado en la garantía que para el saldo de la deuda la reserva de dominio significaba, pues, como ya sancionaron las Sentencias de esta Sala de siete de octubre de mil novecientos treinta y tres y nueve de octubre de mil novecientos sesenta y dos, citadas por el recurrente, la ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia, correspondiendo, de otra parte, al Tribunal sentenciador en la instancia, al enfrentarse con el caso concreto en que está en juego la fijación del alcance de una cláusula contractual, la facultad de interpretarla y decidir las oportunas consecuencias en orden a que por la calificación del hecho de que trata ha de derivarse la aplicación de determinado precepto legal, lo que hace procedente el rechazo del motivo.

Considerando que igual suerte desestimatoria corresponde al motivo cuarto del recurso, por el que, al amparo del número tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia impugnada de haber incurrido en incongruencia al no conte-

ner su fallo declaración sobre alguna de las pretensiones deducidas en el pleito, concretamente por no haber resuelto sobre la extinción parcial de la fianza por prórroga concedida por el acreedor al deudor principal sin consentimiento del fiador, extinción parcial que en el hecho séptimo de la contestación a la demanda fue planteada como excepción, procediendo el rechazo del motivo habida cuenta que, conforme a reiterada jurisprudencia, la sentencia que estima la acción ejercitada en la demanda y condena al demandado, desestima implícitamente las excepciones opuestas por el mismo —Sentencias de dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, doce de abril y catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta, cinco de julio de mil novecientos cincuenta y uno y treinta de septiembre y ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho—, doctrina legal de evidente aplicación al caso concreto aquí debatido, en que el demandado postuló simplemente su absolución de la demanda, y tanto la sentencia recurrida como la del Juzgado no desconocieron los hechos en que fundamentó su oposición, como resaltan los alegatos que sirven de desarrollo al motivo.

Considerando que en el motivo quinto y último del recurso, por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo mil ochocientos cincuenta y uno del Código Civil, con fundamento en la alegación de que operó una extinción parcial de la fianza por haber concedido la entidad acreedora una prórroga a la deudora para el pago de determinados plazos, al admitir el saldo de algunos de los vencidos y en descubierto mediante la entrega de un talón de doscientas sesenta y seis mil cuatrocientas sesenta y nueve pesetas que no fue atendido a su vencimiento, procediendo la estimación del motivo, ya que al aceptar el acreedor, sin intervención del fiador, un talón bancario en pago del saldo está concediendo implícitamente al deudor una prórroga, con señalamiento de nuevo plazo, por lo que no puede ya dirigirse contra el fiador si no logró hacerlo efectivo, encontrándonos ante supuesto análogo al que fue decidido en el mismo sentido por la Sentencia de esta Sala de dieciocho de junio de mil novecientos catorce, aunque en éste lo que aceptara el acreedor como pago del saldo fueran letras de cambio no hechas efectivas a sus vencimientos.

Considerando que la estimación del quinto motivo del recurso determina la casación de la sentencia recurrida respecto al extremo concretado en el mismo.

Considerando que la casación parcial de la sentencia impugnada hace improcedente una especial imposición de las costas del recurso, así como la procedencia de la devolución al recurrente del depósito que constituyó.

Doctrina de la segunda sentencia:

Considerando que probado que el acreedor concedió al deudor principal, sin consentimiento del fiador, hoy recurrente, una prórroga para el saldo de plazos vencidos de la obligación por importe de doscientas sesenta y seis mil cuatrocientas sesenta y nueve pesetas, se impone la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Zaragoza, y en su lugar dictar otra estimando parcialmente la demanda y condenando al demandado a que haga efectiva a la actora la cantidad de un millón doscientas veintiocho mil una pesetas, los intereses legales de las cantidades recogidas en las letras de cambio protestadas, con excepción

de los correspondientes a las cambiales de noviembre y diciembre de mil novecientos setenta y siete, y por el resto desde el veintidós de febrero de mil novecientos setenta y nueve.

Considerando que no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en primera y segunda instancia.

SOCIEDAD CIVIL PARTICULAR. BENEFICIO INDUSTRIAL EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRA. BENEFICIO EN EL CASO DE SOCIEDAD (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1983).

Hechos.—El actor, don Juan Francisco M. Ch., alegó que se pactó, en documento privado, una asociación privada como asociación civil universal de todos los bienes presentes, dedicada a la construcción, con los demandados don Manuel L. A., don Miguel L. D. y don Buenaventura M. O. Que en dicha sociedad le correspondía percibir la cuarta parte de todas las pertenencias de la sociedad, otro tanto de los beneficios habidos al final de cada año, el cinco por ciento en el beneficio neto de la obra de Pobla de M. y un sueldo de doce mil pesetas semanal a partir de la fecha desde que fue dado de alta por enfermedad, también convenido. Pidió se declarara la validez del contrato, la disolución y liquidación de la sociedad y se condenara a los demandados al pago de todas las indemnizaciones indicadas y daños y perjuicios causados, así como a las costas.

Los demandados negaron la existencia del contrato de sociedad. Sólo estimaban la existencia de una colaboración para la ejecución de ciertas obras. Reconvinieron alegando que la negativa del actor a formar parte de la sociedad dio lugar a solicitar créditos y a girar letras para la obra de Pobla de M. invirtiéndose una importante cantidad de dinero, por lo cual se debe condenar al reconvenido a pagar la cuarta parte de un millón ochenta mil pesetas, que es lo que debe computarse como gastos de la sociedad y tuvo que abonarse por los socios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelta la sociedad civil particular, condenó a los demandados a abonar al actor la cantidad de sesenta mil pesetas en concepto de jornales y un millón trescientas ochenta y una novecientas cuarenta y ocho pesetas con noventa céntimos, en concepto de participación de las ganancias, absolviéndoles de las demás peticiones; y desestimó la demanda reconvenzional.

La sentencia de la Audiencia confirmó sustancialmente la de Primera Instancia, pues sólo varió la cantidad a pagar referida en segundo lugar.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó íntegramente la sentencia de Primera Instancia, siendo ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, basándose en lo siguiente:

Considerando que en las actuaciones del que el presente recurso trae causa se reconoce, tanto por la sentencia del Juzgado como por la de la Audiencia, recurrida, que entre actor y demandados medió un contrato de sociedad civil de carácter irregular plasmado en documento privado por todos autorizado —el actor y los tres demandados— con fecha dos de noviembre de mil novecientos setenta y siete, contrato de sociedad civil particular que tenía por objeto la realización por los intervinientes en el mismo de una obra de construcción de viviendas en Pobla de M., recono-

ciendo ambas sentencias —las de primero y segundo grado— plena virtualidad y eficacia a las estipulaciones en dicho contrato convenidas y llegando a la idéntica conclusión de, con estimación parcial de las pretensiones de la demanda, declarar disuelta la meritada sociedad civil particular, pero discrepando en las consecuencias de orden pecuniario de lo que, al llevar a efecto tal disolución, correspondía a cada socio como resultancia de las ganancias obtenidas por la actividad desarrollada por el ente social en relación con la obra ejecutada.

Considerando que partiendo de los antecedentes fácticos consignados en el razonamiento que precede, la sentencia del Juzgado, habida cuenta de la resultancia del oportuno dictamen pericial, fija el coste de la obra ejecutada por la sociedad durante su actuación, concretándolo en la suma de veintidós millones ciento ochenta y ocho mil ochocientas cuarenta y dos pesetas con cincuenta y ocho céntimos, y estima asimismo el valor en venta que corresponde a la obra referida en la cantidad de veintisiete millones setecientas dieciséis mil seiscientas treinta y ocho pesetas con veinte céntimos, señalando, en su consecuencia, una suma o haber partible entre los cuatro socios, en el momento en que la sociedad se disuelve, de cinco millones quinientas veintisiete mil setecientas noventa y cinco pesetas con sesenta y dos céntimos, correspondiendo, por ende, a cada uno de los socios, y entre ellos al actor, la cantidad de un millón trescientas ochenta y una mil novecientas cuarenta y ocho pesetas con noventa céntimos, cantidad ésta que en concepto de participación en las ganancias condena a los tres demandados a que la hagan efectiva al demandante, apareciendo, por el contrario, que la sentencia de la Audiencia, con base en datos también contenidos en el dictamen de los peritos referidos al valor inicialmente presupuestado de la obra de construcción de viviendas a ejecutar, entiende que debe señalarse únicamente como beneficio obtenido por la sociedad que se liquida el representado por lo que en la práctica de los contratos de ejecución de obra se denomina «beneficio industrial», y que es tal beneficio industrial lo que ha de conceptuarse como haber partible entre los cuatro socios, prescindiendo en absoluto de que en la realidad las ganancias de la sociedad, o sea, las representadas por la diferencia entre el valor de lo gastado y el precio que puede obtenerse por la venta de la obra ejecutada, son las que el dictamen pericial fija con absoluta claridad concretándola en la suma antes dicha de cinco millones quinientas veintisiete mil setecientas noventa y cinco pesetas con sesenta y dos céntimos.

Considerando que en relación con la meritada aseveración de la sentencia de segundo grado, impugnada, de que han de estimarse únicamente como ganancias de la sociedad las que representa el «beneficio industrial», que concreta en la segunda de sus consideraciones, se alzan los cinco motivos que sirven de fundamento al recurso entablado por el actor, articulados todos ellos al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción por violación del artículo mil seiscientos sesenta y cinco del Código Civil —motivo primero—, la violación del inciso primero del párrafo primero del artículo mil seiscientos ochenta y nueve del propio Código —motivo segundo—, la interpretación errónea del artículo mil doscientos ochenta y uno del mismo cuerpo legal sustantivo —motivo tercero—, la violación del último inciso del artículo mil setecientos ocho del Código Civil —motivo cuarto— y la aplicación indebida de la doctrina legal contenida en las

Sentencias de esta Sala de tres de febrero y diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y uno y veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro —motivo quinto.

Considerando que respecto al motivo primero, en que se supone es infringido por violación el artículo mil seiscientos sesenta y cinco del Código Civil, ha de predicarse que en el mismo sólo se contiene una definición del contrato de sociedad, y que como tal contrato es admitido por la sentencia recurrida medió entre actor y demandados, la misma, lejos de violarlo por inaplicación, lo aplicó rectamente, siendo cuestión distinta la que puede ofrecer la circunstancia de si el reparto de ganancias se llevó a efecto conforme a lo estipulado, lo que impone su desestimación.

Considerando que el inciso primero del párrafo primero del artículo mil seiscientos ochenta y nueve del Código Civil establece que en la sociedad las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado, y siendo así que en el contrato de sociedad civil irregular objeto de la presente controversia, documentado, como ya ha sido denotado, con fecha dos de noviembre de mil novecientos setenta y siete, aparece claro de las estipulaciones en el mismo contenidas que las pérdidas o ganancias a que diera origen la actuación de la sociedad en la obra de Pobla de M. se distribuirían entre los cuatro socios en la proporción del veinticinco por ciento para cada uno de ellos, es obvio que llegado el momento de disolución de la sociedad las ganancias partibles han de concretarse en razón a la diferencia existente entre el real costo de la obra ejecutada y el precio que como valor en venta sea atribuible a la misma, ya que el «beneficio industrial», que en el contrato de ejecución de obra o contrato de empresa, corresponde al contratista, se refiere a supuesto fáctico totalmente distinto al contemplado en el caso aquí enjuiciado, al que indudablemente no son aplicables las normas que regulan los derechos del contratista y correlativos deberes del dueño de la obra y sí las que son peculiares del contrato de sociedad, razonamientos que abonan la conclusión de que la sentencia recurrida, al decidir la cuestión litigiosa, estimando como ganancias de la sociedad únicamente las que podrían representar lo que se denomina «beneficio industrial» del contratista, violó, por inaplicación, el precepto legal que el motivo segundo del recurso señala como infringido, lo que conlleva la estimación del aludido motivo y, en su consecuencia, la del recurso en su totalidad, al quedar sin fundamento que le sirva de apoyo el fallo de la resolución impugnada, lo que, al propio tiempo, hace innecesario el análisis de los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso, aunque con respecto a este último no es ocioso dejar consignado que las Sentencias de esta Sala de tres de febrero y diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta y uno y veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, citadas por la de la Audiencia aquí recurrida, se refieren a supuestos de contratos de ejecución de obras y no de disolución de sociedad, con su indeclinable consecuencia de división del haber partible.

Considerando que por lo expuesto procede declarar haber lugar al recurso interpuesto por don Juan Francisco M. Ch., casando y anulando la sentencia impugnada, sin hacer una especial imposición de las costas aquí causadas y sin que proceda hacer declaración alguna sobre depósito, que no fue constituido al no ser conformes las sentencias de Primera y Segunda Instancias.

La segunda sentencia se basó en lo dispuesto en el inciso primero del párrafo primero del artículo 689 del Código Civil.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.—DEFECTO CONSISTENTE EN INVOCAR EN BLOQUE LOS ARTICULOS 1.281, 1.282, 1.283 y 1.285 del Código Civil.—ACCESION.—ARTICULOS 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—Primero. Don José M., en veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis, compró a «M. Galega, S. L.», o «Metalga», en escritura pública, la siguiente finca: Una nave industrial, con su terreno anejo, sita en la Zona Industrial de Seixalvo, municipio de Orense. La edificación mide una superficie de seiscientos dieciséis metros cuadrados y el total de la finca unos ochocientos veinte metros cuadrados.—Segundo. Que formando parte del objeto comprado en la nave industrial y en su parte derecha según se entra, existen unas dependencias destinadas y constituyendo una vivienda, en la primera planta, en el ángulo noreste de dicha nave, de una superficie aproximada de unos noventa metros cuadrados, con una terraza en su parte superior y a la que se accede por su correspondiente portal, en el que está situado el interruptor y llaves para el pozo de suministro de agua al inmueble. Que habiendo sido entregadas a don José Méndez las llaves de la nave, no se hizo así de las de la vivienda, que forma parte integrante del inmueble y cuyas dependencias continúa ocupando el demandado, pese a la conciliación celebrada, que fundamentó en derecho y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia declarando que la parte de edificación destinada a vivienda, que se describe en el hecho segundo, pertenece al demandante en propiedad por formar parte del objeto de compra hecha por el mismo, y consiguientemente, condenar a los demandados a que hagan entrega de la expresada parte de edificación, libre y desocupada con todos los anejos detentados por los mismos, en la forma en que estaba al perfeccionarse el contrato, con todos los frutos percibidos y debidos de percibir desde la interposición de la demanda, con especial pronunciamiento en costas.

Los demandados contestaron y formularon reconvencción así: El actor carece de toda relación con la vivienda litigiosa, pues ni nunca la tuvo ni la adquirió en ningún momento y jamás estuvo, por tanto, en su patrimonio y no está legitimado para este juicio. Todo lo anterior se deduce de los siguientes hechos: a) El dos de junio de mil novecientos setenta, se procedió a formalizar la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada «M. Galega, S. L.-Metalga».—Formaron parte de la misma como socios: don José M., don José Luis C. y don Antonio P. b) El demandante y el demandado, antes de la constitución de la sociedad eran socios y de mutuo acuerdo habían procedido a construir en Seixalvo una nave industrial, y encima de esa misma nave habían construido igualmente para cada uno su respectiva vivienda, en la que desde hace muchos años habitan en compañía de sus respectivas familias, comportándose cada uno como dueño exclusivo y excluyente de la vivienda que a cada uno se adjudicó en propiedad y de mutuo acuerdo hasta que al actor se le ocurrió la peregrina idea de promover el presente litigio. c) Que lo anterior es así, lo evidencia la mencionada escritura, en la que bajo el título de aportaciones, el demandante y el demandado aportan a la sociedad lo siguiente: «Una nave industrial con su terreno anejo, sito en la Zona Industrial de Seixalvo, municipio de Orense, de unos ochocientos veinte metros cuadra-

dos, en su conjunto y dice sus linderos». La nave industrial tiene una superficie de seiscientos dieciséis metros cuadrados. Aparece, pues, bien claro y definido lo que el demandante y demandado aportan a la sociedad. d) Pero, además, entre los únicos socios fundadores antes de su constitución, el primero de febrero de mil novecientos setenta, firman un documento en el que sientan las bases de la sociedad y en el capítulo de aportaciones establecen lo siguiente: «La nave industrial con su terreno anejo y que figura en el inventario— está sujeta a las siguientes prerrogativas: La placa sobre la que están asentadas las viviendas de los señores M. y P..., las ventanas existentes en las viviendas, fachada posterior y lateral izquierda, solamente serán objeto de uso para la entrada de luz natural, no pudiendo servirse de ellas los propietarios de las mismas para otros conceptos» (documento núm. dos). En el documento anterior queda evidenciado sin duda de ninguna clase por los tres únicos interesados, que lo único aportado a la misma era la nave industrial y su terreno anejo, pero tanto el señor M. como el señor P. continuaban en propiedad exclusiva cada uno de las viviendas que, respectivamente, ocupaban con sus familias. e) Don Antonio P. realiza obras por su cuenta en la vivienda litigiosa en numerosas ocasiones, y como tal propietario las abonó. f) Figura a su nombre en el Censo urbano pagando la correspondiente Contribución urbana. Paga también como propietario el recibo anual de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Orense. Figura como empadronado el señor P. g) Es público y notorio que la vivienda que ocupaba don Antonio P., situada encima de la nave industrial, y que sigue ocupando actualmente con su familia, fue y sigue siendo de su exclusiva propiedad. Añadió otras consideraciones y formuló reconvencción alegando los siguientes hechos: Primero. El reconvenido, señor M. C., formó parte de la entidad reconviniente como socio hasta que vendió sus participaciones sociales. Segundo. El objeto social es la fabricación, elaboración, instalación y venta de carpintería de aluminio. Tercero. Por acuerdo de la Junta General a cada socio le fue encomendada una función específica, y al señor M. C. se le asignó la contratación con los clientes. Por comentarios que se oían, se tuvo conocimiento de que el señor M. negociaba con los clientes y no entregaba las cantidades de forma íntegra, y en otros, detraía parte de tales cantidades. Al sospechar la empresa que el señor M. no obraba con rectitud, se tomó el acuerdo de asignarle una cantidad fija mensual para pagarle el sueldo, dietas, kilometraje y demás gastos, y así se le asignó la cantidad de cincuenta mil pesetas al mes a partir de primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco. A partir de tal fecha no tenía el señor M. facultad alguna para condonar o rebajar ninguna cantidad a los clientes de los precios, y lo que no cobró, o cobró para sí o condonó, se lo adeuda a la entidad reclamante, y dicha cantidad asciende a la suma de doscientas veintiuna mil ciento setenta y cinco pesetas, según los justificantes que se acompañan. Todas esas facturas son posteriores a primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco. Cuarto. A partir de septiembre de mil novecientos setenta y seis, el reconvenido dejó de ser socio, pero a pesar de ello siguió fingiéndose dueño de «Metalga» y llegó a cobrar cantidades de los clientes. Quinto. En una nave que alquiló al lado de la aquí mencionada, montó una industria dedicada a lo mismo a lo que está «Metalga». Para el funcionamiento de la industria que montó, el reconvenido utilizó los mismos contadores y tomó fluido eléctrico de la misma línea que «Metalga», haciéndole

así un verdadero favor, negándose a pagar su importe, que lo abonó íntegramente la entidad reclamante. Se acompañan los recibos satisfechos por fuerza motriz y alumbrado, incluido un recibo por diferencia aumento de potencia de abril de mil novecientos setenta y siete, de seis mil cuatrocientas noventa y cuatro pesetas con cuarenta céntimos. El importe del fluido consumido por ambos conceptos debe ser pagado, por mitad, por la entidad demandante y por el demandado y, en consecuencia, adeuda el reconvenido por este concepto la cifra de doscientas quince mil novecientas noventa y cinco pesetas con noventa y nueve céntimos. Sexto. A modo de resumen, la presente reconvenición se contrae a: a) por diferencias rebajadas en facturas y cantidades cobradas que no ingresó en la empresa: doscientas veintiuna mil ciento setenta y cinco pesetas. La mitad del importe de lo pagado por energía eléctrica, doscientas quince mil novecientas noventa y cinco pesetas con noventa y nueve céntimos. En total, cuatrocientas treinta y siete mil ciento setenta pesetas con noventa y nueve céntimos. En consecuencia, la cuantía se cifra en la cantidad citada.

Don José M. C. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Orense demanda de mayor cuantía contra «M. Galega, S. L.», o «Metalga», estableciendo los siguientes hechos: Primero. Que en veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis compró a «Metalga», a medio de escritura pública, la siguiente finca: Una nave industrial, con su terreno anejo, sita en la Zona Industrial de Xeixalvo, municipio de Orense. La edificación mide una superficie de seiscientos dieciséis metros cuadrados, y el total de la finca unos ochocientos veinte, dice sus límites. Que la expresada nave industrial estaba dotada con instalaciones adecuadas. Todas estas instalaciones y elementos que formaban parte integrante del inmueble y que estaban en debidas condiciones en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa y fueron causa del precio pagado por mi representado. Tercero. Que en octubre de mil novecientos setenta y siete, al recoger mi mandante las llaves de la nave, observaron que la instalación eléctrica había sido destrozada violentamente, y faltando el transformador, roto el seccionador de salida y dañados todos y cada uno de los elementos que no se pudieron llevar. Que la entreplanta, construida con vigas de hierro, había sido también arrancada, cortadas las vigas de hierro empotradas en las paredes, así como las que partían del suelo. Que en la planta destinada a oficinas, había sido arrancada y llevada la caja de caudales, así como que habían sido arrancadas y llevadas las persianas de las ventanas. Cuarto. Presentada querrela criminal por daños y apropiación indebida, se dictó auto de archivo por entender que tales hechos no eran constitutivos de delito, que fundamentó en Derecho, y terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia en su día declarando: A) Que ha de entenderse comprendido en el objeto de la cosa vendida por la escritura pública de veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis, como formando parte del mismo, y, por tanto, contenido en el expresado contrato, todas las instalaciones y elementos incorporados a la nave industrial en la forma en que estaban en la referida fecha, en que se perfeccionó el contrato, y que, por tanto, la entidad vendedora y ahora demandada estaba obligada a hacer entrega de las mismas en tal situación en la fecha pactada y a las que se refiere el hecho segundo de la demanda. B) Que, consiguiente, la demandada está obligada, en caso de no poder hacer entrega de las mismas en la situación en que se hallaban al perfeccionarse el contrato, a satisfacer al

demandante su valor, importe que se determinará en ejecución de sentencia. C) Que igualmente, la entidad demandada está obligada a satisfacer al demandante los daños y perjuicios causados a éste por el incumplimiento de las obligaciones del vendedor, en la cuantía que se determine también en ejecución de sentencia.

El señor Juez de Primera Instancia de Orense número dos dictó sentencia, cuyo fallo es como sigue: Que desestimando la demanda obrante en los autos acumulados, instados por la representación de don José M. C., contra la entidad «Metalga» y don Antonio P., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de todas las peticiones formuladas en las demandas acumuladas, y estimando la reconvencción formulada en nombre y representación de los demandados, debo condenar y condeno al reconvenido don José M. C., a que haga entrega a la entidad «Metalga» de las cantidades que a partir de primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco hubiese percibido indebidamente en relación con efectos no cobrados, rebajas indebidas o apropiaciones por el mismo cometidas, que tomando como base los elementos documentales obrantes en autos, se determinarán en ejecución de sentencia, todo ello sin hacer una expresa condena de costas a ninguna de las partes en esta instancia.

La sentencia aclarada por auto de veinte de enero de mil novecientos setenta y nueve, que fundamentó en el siguiente considerando y en el fallo que se dice: Que dentro del concepto de percepción indebida, debe considerarse reconvencción, que procesalmente se considera como una verdadera demanda contra el demandante, que pasa de este concepto al de demandado y, consiguientemente, comprende la mitad del importe de lo pagado por «Metalga» en concepto de suministro de energía eléctrica, según los recibos expedidos por «Fenosa», y acompañados en la reconvencción, salvo que tenga lugar el planteamiento, en ejecución de sentencia, de una cuestión incidental, para fijar definitivamente tal cantidad con elementos probatorios en este incidente admisibles.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: Que confirmando la sentencia apelada, debemos absolver y absolvemos a dichos demandados de todas las peticiones formuladas en las demandas acumuladas, y estimando la reconvencción formulada, debemos condenar y condenamos al reconvenido don José M. C. a que haga entrega a la entidad «Metalga» de las cantidades que a partir de primero de febrero de mil novecientos setenta y cinco hubiese percibido indebidamente en relación con efectos no cobrados, rebajas indebidas o apropiaciones por el mismo cometidas, que tomando como base los elementos documentales obrantes en autos, se determinarán en ejecución de sentencia, confirmando asimismo el auto dictado por dicho Juzgado, que aclaró la sentencia de referencia en el sentido y con el alcance que se expresa en el considerando de tal auto.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don José María Gómez de la Bárcena y López, declaró no haber lugar al recurso, fundándose en los siguientes considerandos:

Considerando que por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el primero de los motivos la infracción, por el concepto de violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, mil doscientos ochenta y dos, mil doscientos ochenta y tres y mil doscientos ochenta y cinco del Código Civil,

al entender el recurrente que al ser claros los términos del contrato suscrito entre las partes, en veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y seis, han de encontrarse comprendidos dentro del mismo, tanto la vivienda levantada sobre la primera planta de dicha nave como las instalaciones y maquinaria destinada a la industria que en el momento de la venta funcionaba en dicha nave, las que si se quisieron excluir del negocio jurídico, debieron así constatarse, tanto en la escritura de constitución de la sociedad como en la posterior escritura de venta; con lo que, en definitiva, pretende impugnar, a través de dicho motivo, la interpretación, mantenida en la instancia, de que del examen del contrato de compraventa no puede deducirse que se transmitiera otra cosa que no fuera la nave industrial, sin la inclusión en el mismo de la vivienda construida sobre la parte superior de la nave referida, cuya construcción se levantó, siendo satisfecha y pagada, sin integrarse en el patrimonio de la sociedad, ni tampoco las instalaciones y elementos supuestamente incorporados a la nave industrial, conclusión a la que se llega por el Juzgador *a quo*, de los términos claros del contrato, en el que no pueden ser entendidas ni comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar; motivo que ha de perecer, en aras a lo siguiente: *a)* porque el motivo en su formulación incide en el defecto de invocar en bloque los artículos mil doscientos ochenta y uno, mil doscientos ochenta y dos, mil doscientos ochenta y tres y mil doscientos ochenta y cinco del Código Civil, que contemplan supuestos distintos de hermenéutica contractual y, a su vez, contrapuestos, lo que implica una falta de claridad y precisión contrarias a lo prevenido en el artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que el rigorismo formal de la casación exige, con la sanción de inadmisión, contemplada en el número cuarto del artículo mil setecientos veintinueve de dicha ley, lo que en este trámite determina la desestimación de tal motivo (Sentencia de treinta de octubre de mil novecientos ochenta y dos, entre otras muchas); *b)* por ser doctrina reiterada de esta Sala que la facultad de interpretación de los contratos es privativa de la Sala de instancia, que sólo puede ser combatida y revisada en casación cuando se haya infringido alguna de las normas comprendidas en los artículos mil doscientos ochenta y uno a mil doscientos ochenta y nueve del Código sustantivo, deviniendo la verificada en la instancia ilógica, desorbitada, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal (Sentencias de veintiocho de septiembre, catorce de octubre y diez y veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y dos), anómala situación que no es de apreciar en la exégesis que en la instancia se hace del contrato de compraventa, con su antecedente de las aportaciones sociales, dado que de la literalidad de aquél se evidencia que la compraventa se limitó a la nave industrial, sin que afectara a vivienda alguna, la que, a mayor abundamiento, fue levantada con posterioridad a la constitución de la sociedad, y cuya titularidad dominical corresponde únicamente al demandado señor P. G.

Considerando que por la misma vía que el anterior, se acusa en el segundo motivo la violación por no aplicación del artículo trescientos treinta y cuatro, números primero y segundo, en relación con el mil ochocientos setenta y siete, ambos del Código Civil, y ciento nueve, ciento diez y ciento once de la Ley Hipotecaria, especificando el recurrente en su desarrollo que si el terreno en el que se levantó la nave industrial y la vivienda per-

tenecían, al llevarse a cabo la construcción de éstas, a los dueños de aquél, y si tales obras se llevaron a cabo por los mismos dueños, a tenor de los artículos citados, la vivienda levantada forma un todo con el suelo y la nave industrial, y por virtud de la accesión lo edificado debe ceder al suelo, motivo íntimamente relacionado con el tercero, denunciante, por la misma vía que los anteriores, de la violación del precitado artículo trescientos treinta y cuatro y los invocados en el motivo anterior, referido a que dentro de la venta de la nave industrial, han de entenderse comprendidos en la venta todas las instalaciones y elementos a la misma incorporados, en la fecha en que se perfeccionó el contrato, al tener la consideración de inmuebles; motivos que han de claudicar —aparte de que suponen el planteamiento de cuestiones nuevas no debatidas en la instancia—, el segundo, porque automáticamente decae con el rechazo del primero, ya que existe una independencia absoluta entre la nave industrial y la vivienda, que no fue objeto de la transmisión, por lo que no puede hablarse de accesión de ningún tipo, y el tercero, porque, como acertadamente se razona en el considerando octavo de la sentencia de primer grado, íntegramente aceptado por la segunda —y ello no solamente interpretando el contrato, sino acudiendo a otras probanzas—, la venta se concertó exclusivamente sobre la nave industrial, apta para ser puesta en funcionamiento, con el aporte de maquinaria y otros elementos administrativos, que incorporó la propia parte recurrente, sin que sean atribuibles a los interpelados los destrozos que se le achacan, razonamiento que al no combatirse por el impugnante aboca al rechazo del último motivo.

EL ERROR DE HECHO HA DE DEDUCIRSE DE LA MERA LECTURA DEL DOCUMENTO, SIN NECESIDAD DE INTERPRETACIONES NI DEDUCCIONES.—LA APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA NO PUEDE SER IMPUGNADA CON EXITO APOYANDOSE SOLO EN UNO DE SUS ELEMENTOS, COMO ES LA CONFESION JUDICIAL.—DISTINCION ENTRE LA CONDICION COMO SUCESO FUTURO E INCIERTO Y LAS CONDICIONES QUE LOS CONTRATANTES PUEDEN PACTAR.—ACCESION: CONSTRUCCION EN SUELO AJENO (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1983).

Hechos.—La propia sentencia los resume en uno de los considerandos así: Que ante el fracaso de la impugnación de la apreciación de la prueba, esta Sala ha de partir de la situación que sirvió de base para la estimación de la demanda, con los hechos probados siguientes: a) entre los litigantes se concertó un contrato de venta de una parcela con fecha veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, recogiendo en documento privado, que fue cumplido por los actores compradores y ahora recurridos al satisfacer el precio pactado de seiscientas mil pesetas, de ellas doscientas mil entregadas en el acto del otorgamiento del documento y el resto mediante veintisiete letras de cambio por valor respectivo de quince mil pesetas; b) la parcela adquirida no fue entregada por el vendedor a los compradores, residentes en Suiza, y durante cuya ausencia el vendedor, constructor de obras, edificó en dicha parcela un chalet sin que se haya probado que para esta construcción existiera contrato alguno entre las partes interesa-

das, ya que no resultó probado el contrato verbal que alegó el ahora recurrente, pues, como señala la sentencia recurrida (tercer considerando), «del hecho probado de que los demandados aceptaron en blanco veintitrés letras de cambio, además de las antes cuantificadas veintisiete, a la sazón del otorgamiento del anotado contrato de veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, no puede deducirse... que tales cambiales constituyan parte del precio aplazado de un contrato de arrendamiento de obra de construcción de un edificio», sin plano previo del chalet, sin fijación de precio, sin conocer los compradores la distribución de las habitaciones, lo que contradice lo afirmado en la reconvención formulada por el actual recurrente, en el sentido de que hubo, además del contrato escrito en veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, otro verbal posterior, e indujo a ambos Juzgadores de instancia a apreciar una conducta maliciosa en el vendedor constructor y ahora recurrente; c) en la demanda se solicita se condene al demandado a otorgar escritura pública en la que se recojan los términos y condiciones contenidos en el documento privado suscrito por las partes el día veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, y también condenarle a la entrega del objeto del contrato, parcela número diecisiete de la Urbanización «El Chaparral», en el término municipal de Talavera de la Reina, en el ser y estado que actualmente tiene, con pérdida de lo edificado por el mismo, sin derecho a indemnización por los propietarios del terreno y al pago de las costas y gastos; d) la sentencia de primer grado estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvención en que solicitaba condenar al actor a abonar al demandado las mensualidades ya vencidas y que venzan derivadas del supuesto contrato verbal sobre edificación de un chalet en la parcela litigiosa; e) la sentencia recurrida confirmó la apelada, sin más variación de que, con arreglo a la cláusula tercera del contrato escrito de mil novecientos setenta y tres, «es el demandado quien ha de cobrar de los actores, una vez determinados, según se pactó por el Banco Hispano-Americano de Talavera de la Reina, los intereses legales correspondientes y fijados en ejecución de sentencia».

Doctrina de la sentencia.—Prosperó el recurso de casación, basándose en los siguientes considerandos, en ponencia del Magistrado don Carlos de la Vega Benayas.

Considerando que en un orden lógico impone examinar el motivo de casación quinto, formulado al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusa error de hecho en la apreciación de la prueba deducido, según el recurrente, de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador, presentándose al efecto como documento de ese carácter el documento privado de veintiocho de julio de mil novecientos setenta y tres, acompañando a la demanda con el número uno, y deduciendo de él, en su cláusula tercera, que también forma parte integrante del precio «la liquidación de los intereses», con invocación, al fin de reforzar su criterio, del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, de lo que se obtiene, sin duda, que el recurrente esgrime un documento como auténtico que carece de tal carácter a los efectos de este recurso extraordinario, ya que a la supuesta equivocación del Juzgador llega a través de una interpretación particular y naturalmente interesada del texto del documento, acudiendo incluso en el propio motivo a las normas sobre interpretación de los contratos; de lo que resulta contravención de la doctrina

reiterada de esta Sala, en el sentido de que el error de hecho ha de deducirse de la mera lectura del documento sin necesidad de interpretaciones ni deducciones, y además tal documento ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida como básico de la acción ejercitada y en relación con las demás pruebas, por lo que sin necesidad de más razonamientos debe decaer plenamente este motivo quinto.

Considerando que también, por influir en su caso en la apreciación de los hechos, debe examinarse en segundo lugar el motivo que con el número dos se expone en el escrito de formalización del recurso, asimismo al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba «al estimar que la conducta del recurrente es reveladora de mala fe, con violación por no aplicación del artículo mil doscientos treinta y tres, en relación con el cuatrocientos treinta y cuatro del Código Civil», añadiendo el recurrente para fundamentar este motivo, que «la sentencia recurrida haciendo suyas las argumentaciones sostenidas por el Juez de Primera Instancia, extraídas exclusivamente de una visión fraccionada de la confesión judicial del recurrente y de la prueba documental consistente en el documento privado relativo al contrato de compraventa», llega a la conclusión de que la conducta del demandado es reveladora de notoria mala fe; apreciaciones que por sí solas revelan la improsperabilidad de este motivo, ya que la apreciación conjunta no puede ser impugnada con éxito en este recurso de casación apoyándose sólo en uno de sus elementos, como es la confesión judicial, y esta doctrina, ya sentada en anteriores sentencias de esta Sala (así, las de cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y tres, veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y cinco y veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta, entre otras), no puede ser desvirtuada invocando el principio de indivisibilidad de la confesión que reconoce el artículo mil doscientos treinta y tres del Código Civil, y sin impugnar eficazmente las apreciaciones de la Sala de instancia en torno a la mala fe del recurrente; circunstancia que es cuestión de hecho, cuya apreciación incumbe a dicho Tribunal, que aceptó la declaración de conducta maliciosa que hizo la sentencia de primer grado, y se atuvo a la doctrina de esta Sala sentada en Sentencias de veintisiete de abril de mil novecientos dieciocho y dieciocho de marzo de mil novecientos veinticuatro, lo cual conduce al decaimiento de este motivo.

Considerando que en el primero de los motivos se acusa, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación por no aplicación del artículo mil ciento trece del Código Civil, en relación con los artículos mil ciento catorce y mil ciento quince del mismo Código y doctrina legal de las sentencias que indica, así como la violación, igualmente por no aplicación, de los artículos mil noventa y uno, mil doscientos cincuenta y cinco y mil doscientos cincuenta y ocho del propio Código Civil y doctrina jurisprudencial que cita; motivo que, desde el punto de vista formal, viola manifiestamente lo dispuesto en el artículo mil setecientos veinte de la citada Ley Procesal Civil en su párrafo segundo, al involucrar en un solo motivo doctrinas relativas a los efectos de las obligaciones condicionales y a la fuerza obligatoria de los contratos, incurriendo así en la causa de inadmisión recogida en el artículo mil setecientos veintinueve, número cuarto, de dicha ley, que en este momento procesal se integra en causa de desestimación; pero aparte

de esta grave infracción, el motivo, en cuanto a su desarrollo, es plenamente desestimable, sobre todo por las siguientes razones: *a)* porque confunde la «condición» como suceso futuro e incierto del cual depende la naturaleza de los efectos de una obligación, acepción que informa los artículos mil ciento trece a mil ciento veintitrés del Código Civil, con las «condiciones» que los contratantes pueden pactar en sus contratos a tenor del artículo mil doscientos cincuenta y cinco del propio Cuerpo legal; acepción esta última que tiene el sentido de pactos o estipulaciones y se utiliza para designar, por ejemplo, las condiciones generales y particulares de los contratos, sean o no de adhesión en el moderno tráfico jurídico; de modo que el recurrente pretende con el confusionismo que crea, aplicar a estos pactos la disciplina jurídica de las condiciones propiamente dichas; confusión derivada de aquella amalgama de conceptos heterogéneos en el mismo motivo, y que olvida que la condición propia no puede confundirse con la prestación que haya de cumplir cada una de las partes en vista de la prestación de su contraparte, según lo pactado; *b)* porque las obligaciones pactadas en el documento privado de veintiocho de junio de mil novecientos setenta y tres, entrega de la cosa y pago del precio, constituyen en este sentido una obligación pura, que es la regla general, ya que, como ha declarado esta Sala (Sentencias de siete de noviembre de mil novecientos setenta y tres y cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres), es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de la condición en las obligaciones no se presume, y que la obligación condicional, al ser la excepción, requiere la prueba de que sus efectos vienen modificados por el suceso incierto e independiente que constituye la condición, prueba que no se ha hecho, y que impide identificar la prestación de una de las partes, como objeto principal de su obligación con el suceso que había de ser la condición en sentido propio, cuya falta produciría los efectos señalados en la ley; *c)* y porque el desarrollo del motivo en examen parte de unos hechos contrarios a los sentados por la sentencia recurrida, en el sentido de que mientras esta última tuvo por probado el cumplimiento de su obligación por la parte ahora recurrida, el recurrente parte del supuesto contrario, apreciando la prueba por su cuenta y sin haber impugnado eficazmente las conclusiones a que llegó la Sala *a quo*.

Considerando que el tercero de los motivos, con el mismo amparo procesal que el recientemente examinado, denuncia la aplicación indebida del artículo trescientos sesenta y dos del Código Civil y la violación por no aplicación de los artículos seiscientos nueve y mil noventa y cinco del mismo Código y la doctrina legal que cita; motivo que ha de ser estimado por las siguientes razones: *a)* la Sala de instancia aplica el artículo trescientos sesenta y dos del Código Civil para atribuir la propiedad de lo edificado sobre el terreno discutido al comprador apoyándose en la mala fe que estima probada del vendedor; mas sin afectar a la cuestión de hecho que supone llegar a la conclusión de aquella mala fe, es evidente que el precepto que la Sala invoca se refiere a la edificación «en terreno ajeno», y señala la consecuencia de que el edificante de mala fe pierde lo edificado, y evidente también que en el supuesto debatido no existe dominio acreditado del terreno sobre el que se edifica a favor del comprador, terreno que según hecho admitido por ambas partes no le fue aún entregado, por lo que únicamente ostenta sobre él un título obligacional insuficiente para transmitir el dominio, en cuanto esta Sala ha declarado con

reiteración (Sentencias, entre otras, de veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y dos y catorce de junio de mil novecientos sesenta y seis) que la constancia en documento privado de un contrato de compraventa no transfiere por sí solo el dominio, si no se justifica la tradición de la cosa vendida; b) no justificado, por tanto, el dominio a través de los requisitos que el Código Civil exige, consistentes en esencia, según los artículos mil noventa y cinco y seiscientos nueve, en la existencia del contrato traslativo y en la entrega de la cosa, no puede el demandante, actual recurrido, instar la aplicación del artículo trescientos sesenta y dos del citado Cuerpo legal ante una cosa que a la sazón no era ajena al edificante, ya que, como también declaró esta Sala (Sentencia de cuatro de julio de mil novecientos veinticinco), para dar nacimiento al derecho de accesión debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, presupuesto fundamental que no concurre en el caso debatido, por lo que, si bien han de aceptarse las consecuencias jurídicas del contrato de compraventa cumplido por el comprador, en cuanto a su derecho a que le sea entregada la cosa que fue su objeto, no puede llegarse a la conclusión de que también le pertenezca lo edificado en el suelo adquirido y que aún no le ha sido entregado, ni ostenta sobre él un derecho real de dominio.

Considerando que no acreditado en la instancia el contrato verbal que el demandado y recurrente alegó para la construcción del chalet en el terreno que el mismo vendió a los demandantes, y no solicitada en la reconvencción la indemnización a que se refiere el artículo trescientos sesenta y uno, invocado como infringido, pues se limitó a exigir el cumplimiento del supuesto contrato verbal, no es posible estimar el motivo cuarto y último del recurso, que acusa la infracción por aplicación del artículo trescientos sesenta y uno, citado en relación con el cuatrocientos treinta y cuatro del mismo Cuerpo legal, y la violación por no aplicación de la doctrina legal relativa al enriquecimiento injusto, ya que, en caso contrario, además de incurrirse en manifiesta incongruencia, habría de prescindirse de la apreciación de la mala fe del vendedor, que estableció la Sala *a quo* en uso de sus facultades de apreciación de las pruebas aportadas a la litis.

Considerando que siendo procedente la estimación en parte del recurso de casación, esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo mil setecientos cuarenta y cinco, párrafo dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de dictar la sentencia que corresponda sobre los extremos respecto de los cuales ha recaído la casación, como se hace seguidamente, y sin que haya lugar a pronunciamiento alguno respecto de devolución de depósito, por no haber sido éste constituido, dada la disconformidad de ambas sentencias de instancia.

B. M. B.

La segunda sentencia se basa en las siguientes razones:

Por las consideraciones de hecho y de derecho contenidas en la sentencia de casación que precede y

Considerando que partiendo de la vigencia y obligatoriedad del contrato de compraventa que sirvió de sustentación a la demanda y, en consecuencia, a la obligación del vendedor de entregar a los compradores la cosa ob-

jeto del contrato, con estimación de los pedimentos referentes a estos extremos y al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, no procede, en cambio, acceder al derecho de accesión que ejercitaron los demandantes en el mismo suplico de su escrito inicial, por no constar que en tal momento fuesen dueños del terreno adquirido.

Considerando que no se deriva de lo actuado base suficiente para una expresa condena en costas en ninguna de ambas instancias.

IV. DERECHO DE FAMILIA

EJECUCION (EN CUANTO A LOS EFECTOS CIVILES) DE SENTENCIA CANONICA DE SEPARACION CONYUGAL: Competencia material y territorial, cauce procesal adecuado.—**DERECHO DE VISITAS Y COMUNICACION DEL PADRE CON SUS HIJOS:** Compatibilidad del derecho de visitas y del ejercicio de la patria potestad; determinación del tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho de visita: **GAMBOA C. SORIANO** (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1974).

Antecedentes

La DEMANDA se presentó ante el *Juzgado de 1.ª Instancia número 3* de X. y partía de los siguientes hechos:

1) El actor contrajo matrimonio *canónico* con la demandada en 1963, de cuya unión *nacieron dos hijos*.

2) Por el *Tribunal Eclesiástico* correspondiente se dicta sentencia en 1968, decretando la separación temporal de los esposos por sevicias, disponiendo que los dos hijos del matrimonio quedarán en poder de la esposa, sin hacer expresa declaración en cuanto al régimen de visitas a los hijos por parte del padre, por considerar que ello correspondía a la jurisdicción civil en el momento de la ejecución de dicha sentencia.

3) Por el *Juzgado número 5* de X. se dictó auto el 30 de enero de 1969, y se había proveído a la *ejecución, en cuanto a los efectos civiles*, de la sentencia eclesiástica de separación de los cónyuges.

Por el mismo *Juzgado número 5* se dicta auto el 27 de junio de 1969, en el que se disponía que, al quedar sin efecto las medidas provisionales de separación conyugal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.893 y 1.894 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el punto relativo al *régimen de visitas y comunicación del padre con sus hijos* debía ser objeto de *solicitud* de declaración «ante el órgano jurisdiccional correspondiente».

4) Previa instancia del actor, el *Tribunal Eclesiástico* competente dictó en 1970 auto aclaratorio del *fallo de 1968* precedente, en el sentido de que «el derecho de los padres a visitar a sus hijos es un principio de Derecho natural y, como tal, no susceptible de eliminación, y que, por tanto, el confiar la educación de los hijos al cónyuge inocente se ha de entender siempre sin perjuicio del derecho a visitar a sus hijos que corresponde al otro cónyuge, en la forma y tiempo que determine la autoridad civil».

5) El mismo *Juzgado número 5* dictó providencia el 12 de noviembre de 1970, por la que se ordenaba al actor a estar a lo resuelto en el auto de 27 de junio de 1969, por gozar éste del carácter de firme.

6) El actor había sido *demandado* en 1971 por su esposa, en reclamación de *alimentos*, en cantidad de tres mil pesetas mensuales, y *se allanó a la demandada*, a pesar de estar privado del ejercicio de cualquier derecho respecto a sus hijos.

7) Se había intentado acto de conciliación sin resultado.

La demanda finaliza con la *súplica* de que dicte sentencia por la que *se declare que el actor tiene derecho* a visitar a sus hijos..., de cinco y cuatro años de edad, así como a ser visitado por ellos, e incluso retenerlos junto a sí durante determinados períodos de tiempo, que deben consistir en una semana durante las vacaciones de Navidad y Semana Santa, y un mes durante las vacaciones de verano, y fuera de las mismas, los domingos y días festivos de once de la mañana a seis de la tarde. Con *condena* a la demandada a estar y pasar por esta resolución, y a las costas del procedimiento si se opusiere al mismo.

La esposa demandada *contestó y se opuso* a la demanda, y oponía los siguientes *hechos*:

1) Que por el actor, una vez ejecutada la sentencia canónica —sin que por su parte se tuviere preocupación alguna acerca del fin, destino, educación y derecho para ver a sus hijos—, se solicitó una aclaración extemporánea al Tribunal Eclesiástico.

2) Que el actor debía reconocer que, en virtud de comparecencias *ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 1 (sic)* de X., y en el procedimiento sobre medidas provisionales, se suscribieron entre ambas partes varios *acuerdos*, modificados en parte por sus Letrados, estableciendo que «semanalmente los hijos podrían visitar a su padre, uno de once a seis de la tarde y otro de once a doce de la mañana, en razón al estado de salud de los mismos, que —según dictamen médico— «aconsejaba alternar el campo con la playa». Que por el padre, ahora demandante, se intentó en un principio dar cumplimiento a este acuerdo, pero después quiso imponer sus condiciones de forma anómala y a su placer, «según se estuviera llevando el campeonato de liga de fútbol» (*sic*).

3) Se alegaba *excepción perentoria*, al amparo del artículo 73, segundo, párrafo último, del Código Civil (1), porque *este juicio debiera haberse seguido ante el Juzgado número 5 de X.*, en razón de que el mismo fue el que conoció de las medidas provisionales y ejecutó la sentencia canónica.

4) Que la retención temporal de los hijos que pretende el actor suponría una *limitación* del derecho de patria potestad atribuido a la esposa, señalando que el marido demandante carece de domicilio propio y habita en una pensión, a donde, en definitiva, irían a parar los hijos del matrimonio.

5) Que el allanamiento del actor a la pretensión de alimentos impidió llegar a conocer cuál era su sueldo.

Terminaba con la *súplica* de que se dicte sentencia estimando la excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción y, subsidiariamente, declarar no haber lugar a declarar el derecho de visita de los menores a su padre, y aún menos el retenerlos temporalmente, condenando en costas al actor.

(1) En aquel entonces dicho precepto *era en la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958* como sigue: «Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído, el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso».

El JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA número 3 de X. dicta sentencia el 22 de enero de 1972, por la que *estimando* la excepción de incompetencia de jurisdicción y *sin entrar en el fondo del asunto*, absuelve a la demandada de los pedimentos de la demanda, «reservando al actor los derechos que puedan asistirle para que pueda ejercitarlos ante quien corresponda». Todo ello sin condena en costas.

La AUDIENCIA TERRITORIAL admite el recurso de apelación del demandante y dicta sentencia el 9 de diciembre de 1972, por la que, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, declaró que el actor tiene derecho a visitar a sus hijos... y retenerlos junto a sí durante los días y períodos de tiempo concretados..., condenando a la demandada a estar y pasar por este pronunciamiento, sin especial imposición en costas.

La demandada interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de ley, con base en los siguientes motivos (2):

1.º Fundado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando el abuso en el ejercicio de la jurisdicción al no estimar la excepción alegada y la infracción por violación del artículo 73, número 2.º, párrafo último, del Código Civil.

Argumenta en una *primera vertiente del motivo*, en cuanto a la utilización del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y su paralelo del artículo 1.693, que la orientación del Tribunal Supremo sigue una línea totalmente definida a partir de la Sentencia del 7 de abril de 1943, en el sentido de que *en el motivo 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil están incluidos todos los motivos de incompetencia, excepto la territorial*. Cita las Sentencias de 29 de octubre de 1963, 26 de mayo de 1964, y las de 18 de enero de 1945, 23 de noviembre de 1945 y 6 de noviembre de 1947. Que en este caso es notorio que no se discute la competencia territorial, pero sí se excepcionaba la falta de competencia del Juzgado número 3 de X. por estimar que —*en función de la materia controvertida*— el conocimiento y resolución de la pretensión deducida por el demandante correspondía única y exclusivamente al Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de X. Cita las Sentencias de 10 de octubre de 1949 y 27 de noviembre de 1950.

En cuanto a la *segunda vertiente del motivo*, denuncia la infracción legal por violación del artículo 73-2.º, párrafo último, del Código Civil: *tal violación no tiene un sentido general* de vulneración o quebrantamiento del orden jurídico, *sino un sentido específico*, traducido en una omisión o falta de aplicación de la norma jurídica aplicable. Omisión que lleva a la Sala sentenciadora a desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada. La claridad de la norma infringida es meridiana y *está establecida por el legislador precisamente para resolver aquellos puntos sobre los que no haya proveído el Tribunal Eclesiástico*. La sentencia recurrida parte de la *premisa de que la ejecutoria de separación, al confiar el cuidado de los hijos del matrimonio a la esposa, nada prevé con respecto al régimen de visitas de los hijos*, y llega a la errónea conclusión de omitir la aplicación del precepto invocado, cuya finalidad no es otra sino la de cubrir esa falta de previsión, cuando lo procedente hubiera sido desembocar en una total estimación de la excepción de incompetencia alegada. Así lo argumentó el Juzgador de 1.ª Instancia. *Lo que dicho precepto infringido pretende es*

(2) Los subrayados son míos (J. C. G.).

que, en todo caso, sea siempre el Juez encargado de la ejecución el que entienda en todo lo relacionado con la ejecutoria eclesiástica, entre cuyos efectos se encuentra el que se pretende por el demandante. Por todo lo cual, al quebrantar y violentar la sentencia recurrida el *principio general* de «que el Juez competente para conocer de la ejecución lo es también para todos los extremos derivados de la misma», se está ante una manifiesta violación de una norma de Derecho sustantivo cual es el último párrafo del número 2.º del artículo 73 del Código Civil.

2.º Fundado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo por violación de la *doctrina legal* contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1912, 1 de marzo de 1934, 9 de octubre de 1944 y 15 de octubre de 1946, en cuanto al carácter imperativo y de orden público de las normas procesales. La sentencia recurrida llega a la conclusión de que *el cauce procesal adecuado* para que el demandante pudiera alcanzar el reconocimiento de sus derechos *no era el legalmente establecido de los incidentes, sino el que las partes habían decidido*. Aunque existan algunos poderes dispositivos en el procedimiento ordinario, las *normas procesales* son imperativas y de orden público, para las que rige el artículo 4, párrafo 1.º, del Código Civil (3), que constituye la sanción del principio de legalidad contenido en el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la sentencia recurrida admite la supuesta *conformidad* de ambas partes en cuanto al tipo de procedimiento, violando así la doctrina legal sentada en las sentencias citadas y olvidando que las normas procesales son de orden público, y, en consecuencia, si el procedimiento adecuado para resolver esta litis era el de los *incidentes*, no podía ser otro y menos aún «por decisión conforme de las partes». Si no hubiera omitido la aplicación de dicha doctrina legal infringida, la sentencia recurrida hubiera tenido que declarar *que el procedimiento adecuado era el de los incidentes y que correspondía su conocimiento al Juez encargado de la ejecución de la sentencia eclesiástica*.

3.º Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo por violación el artículo 155, número 1.º, del Código Civil. Cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1929, 3 de marzo de 1950, 26 de noviembre de 1955 y 29 de septiembre de 1960, demostrativas de la evolución sufrida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerando la patria potestad como una «función» y en beneficio de los hijos. El cónyuge que tenga atribuido el ejercicio de la patria potestad —para poder cumplir los *deberes* que le impone ese ejercicio— precisa disponer de ciertos *derechos*, entre los cuales se encuentra el de tener a los hijos en su compañía. La sentencia recurrida ha omitido *dos cuestiones* —el carácter de la patria potestad como institución en beneficio de los hijos, y el deber y derecho de la madre de tener a los hijos en su compañía— al desconocer la norma sustantiva que se alega infringida por violación. La sentencia recurrida *parte de la base de que uno y otro derechos —el de visita y el de retención— están regulados por principios de Derecho natural y de justicia*, lo que la recurrente no acepta para el derecho de *retener* a los hijos el padre. Considera la sentencia recurrida que el derecho de *retención* es un *principio* de Derecho natural, y añade que «siempre que las circunstancias del caso, en concreto el propio interés de los hijos o conducta del cónyuge bajo cuya potestad no quedaron aqué-

(3) A recordar que es en su redacción entonces vigente de 1889.

llos, aconsejen *no atender* los derechos de visita y retención a que ha hecho mérito», lo que contradice aquel principio.

La Audiencia *olvida que, al conceder al marido los derechos por él solicitados, está interpretando* la patria potestad como institución en beneficio de los padres y no de los hijos. Ello *independientemente* del trauma que la separación por temporadas de la compañía de la madre se produce en los menores. *Alega* la prueba de la vida del padre, que habita en una pensión, y que no se evaluaron las *condiciones* de la convivencia de los hijos con el padre, *concluyendo* que el interés de los menores no permitía acceder al pedimento del actor.

Por otra parte, la sentencia recurrida está infringiendo el artículo 155, número 1.º, del Código Civil, al *limitar* el derecho de patria potestad que tiene la madre y, consiguientemente, el *derecho* que ésta tiene *de tener consigo a los hijos* para cumplir los deberes que tal institución jurídica le impone. Cita la Sentencia de 20 de octubre de 1960 y la de 3 de diciembre de 1909 (en orden a que no cabe el ejercicio *simultáneo* de la patria potestad). *Alega que mal se puede pedir a un cónyuge que ha de desempeñar la patria potestad que cumpla con todos los deberes y obligaciones que aquélla lleva consigo, si se le priva de un derecho fundamental y previo a tal cumplimiento como es el de tener a sus hijos en su compañía.*

Fue ponente don JULIO CALVILLO MARTINEZ, que establece la siguiente doctrina en los *considerandos* de la sentencia:

1.º El Juzgado de Primera Instancia número 5 de X.... (4) estableció que este punto debía ser objeto de solicitud de declaración ante el «órgano jurisdiccional correspondiente» —*lo que no podía entenderse más que en el sentido de que el órgano mencionado había de ser el Juzgado de Primera Instancia de X., al que por reparto correspondiere el asunto—* y en el «oportuno juicio declarativo».

2.º *Habiendo quedado de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la mentada resolución judicial, no le era lícito a la ahora impugnante —que, en su día, no interpuso recurso alguno contra ella— suscitar ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de X. (a quien por reparto correspondió el juicio de mayor cuantía que ha dado origen al presente recurso) el problema de la incompetencia de este órgano jurisdiccional y de la consiguiente competencia del Juzgado encargado de la ejecución, a tenor del artículo 73, número segundo, párrafo último, del Código Civil, pues ello le estaba vedado por lo prevenido en el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por la conocida jurisprudencia recaída en aplicación del mismo, según la cual «es efecto principal de la necesaria inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, el que no cabe posterior discusión si no han sido dictadas en algunos de los juicios para los que después de terminados autoriza la Ley Procesal la promoción de otro más amplio con la misma finalidad», de suerte que —salvo contadas excepciones— no está permitida la revisión ordinaria de un juicio de lo actuado en otro y pasado en autoridad de cosa*

(4) Recoge aquí el Ponente los *proveyidos* de dicho Juzgado, que se han *reseñado* bajo el número 3) de los Hechos de la *Demanda*, precedentemente.

juzgada de tipo procesal, si el solicitante ha sido litigante en el primer juicio.

Razones (éstas) que conducen a la desestimación del motivo primero e, igualmente, a la del segundo, ya que —con independencia del fundamento de la sentencia recurrida referente a la pretendida eficacia procesal de la autonomía de la voluntad de las partes en orden a la sustanciación de la pretensión por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía— aquellas razones constituyen base suficiente para el mantenimiento del particular del fallo relativo a la desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción.

3.º Si es cierto que —a virtud de lo dispuesto en el número primero del artículo 155 del Código Civil, en relación con lo acordado en la ejecución de la sentencia de separación del matrimonio— corresponde a la recurrente, respecto a sus dos hijos no emancipados, el deber de tenerlos en su compañía, no lo es menos que este deber es perfectamente conciliable con la facultad del padre, aunque sea culpable de la separación, de visitarlos, comunicarse con ellos y aun tenerlos en su compañía durante períodos prudenciales de tiempo, siempre que ello no redunde en perjuicio de los hijos, que son, en este supuesto, los portadores del interés familiar más necesitado de protección.

Compatibilidad que se deriva no sólo de los principios generales del derecho natural, sino de lo dispuesto en el artículo 68, regla tercera, último párrafo, del mismo Código (5) respecto a las llamadas «medidas provisionales», que, caso necesario, sería aplicable analógicamente por la misma razón, correspondiendo, en último término, al órgano jurisdiccional civil determinar el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá ejercitar dicha facultad. Y como a estos principios se atuvo el Juzgador de Instancia en la sentencia combatida, debe rechazarse también el tercero y último motivo, y con él, la totalidad del recurso, con la condena en costas, preceptuada en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: no ha lugar.

NOTAS

Unas breves consideraciones en orden al presente litigio y a la decisión adoptada por nuestro más Alto Tribunal parecen aquí procedentes. De una parte, *los puntos tratados en los Considerandos* son merecedores de una atención y de un análisis superiores quizá al que yo les dedico aquí. De otra parte, dado el retraso con que presento esta sentencia (6), parece inevitable una somera referencia a la incidencia del texto constitucional de 1978 sobre los temas tratados en esta sentencia.

Por todo ello, creo que cabe condensar estas consideraciones en torno a *los tres puntos clave* de este litigio: el de la incompetencia de jurisdic-

(5) La redacción era la de la Ley de 24 de abril de 1958: «El Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicar con ellos».

(6) Cfr. las razones de ello en esta Revista, núm. 555, febrero-marzo, pág. 492, y allí la alusión a la legislación aplicable en cada momento histórico.

ción, el de la ejecución civil de la sentencia canónica de separación conyugal y el relativo al derecho de visita y comunicación del padre con los hijos menores.

Paso a examinar estos puntos con la mayor brevedad posible, y en este mismo orden indicado.

I. *La pretendida incompetencia de jurisdicción*

La esposa recurrente acude a la casación y presenta su recurso basando los dos primeros motivos en una serie de argumentaciones de carácter formal-procesal.

En el *motivo 1.º* se denuncia la falta de competencia *material* por entender que era el Juzgado número 5 de X. (no el núm. 3) el que debiera conocer de la pretensión deducida en la demanda. Argumento rechazado de plano en el *CONSIDERANDO 1.º*, al entender que el «órgano jurisdiccional correspondiente» debía de ser el Juzgado de Primera Instancia de X. al que *por reparto* correspondiere el asunto. Pero, por otra parte, tal argumento formal era realizado en la segunda parte del motivo, al enlazar dicha pretendida *incompetencia* de jurisdicción —con la *consiguiente* competencia del Juzgado que fue *encargado de la ejecución civil* de la sentencia canónica— con la denunciada violación del artículo 73, 2.º, párrafo último, del Código Civil. Toda esta argumentación va a quedar desmontada en el *CONSIDERANDO 2.º*, con base en la eficacia de la cosa juzgada *procesal* y con aplicación directa del artículo 408 de la Ley Rituaria.

En el *motivo 2.º* se arguye en torno al *cauce procesal adecuado* para sustanciar la pretensión del marido, llegando a la conclusión de que el procedimiento adecuado era el de los incidentes y que el conocimiento correspondía al Juzgado encargado de la ejecución civil (Juzgado núm. 5 de X.) de la sentencia canónica de separación conyugal. Este motivo 2.º *no* es desvirtuado por el ponente de manera directa y frontal, sino que marginalmente se alude a él de forma *indirecta* («con independencia del fundamento de la sentencia recurrida»...) sin entrar en el mismo, con rechazo global fundamentado en la cosa juzgada procesal, según la dicción del apartado final del *CONSIDERANDO 2.º*.

II. *La ejecución civil de la sentencia canónica de separación conyugal en relación a los hijos*

Este era el verdadero *tema* de la sentencia, desarrollado en la segunda parte (vertiente, en el argot del recurso) del *motivo 1.º* y rechazada la argumentación en el *CONSIDERANDO 2.º*, según se ha expuesto.

Este tema, pacífico entonces (años 1960-70), devendrá más tarde polémico tras la incidencia de la Constitución de 1978 y del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (ratificado por *Instrumento* de 4 de diciembre de 1979). Hasta el punto de haber sido objeto de un tratamiento especial por nuestra joven doctrina civilista (7).

El *supuesto de hecho* de la sentencia venía, viene, enmarcado precisamente dentro del tiempo de vigencia de la normativa entonces aplicable,

(7) Cfr. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «La ejecución de las sentencias eclesíásticas de separación matrimonial por la jurisdicción civil después de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, págs. 123 y ss.

es decir, artículos 80 a 82 del Código Civil (en concordancia con el artículo XXIV del Concordato con la Santa Sede de 1953), lo que *equivale* a reconocer una jurisdicción eclesiástica en los procesos de separación matrimonial —que podía a veces pronunciarse sobre el cuidado de los hijos y el régimen de visitas— y una ejecución por el Juez civil de lo decidido por la jurisdicción canónica. No quedaba claro si en esa *ejecución civil* el Juez debía *siempre* sujetarse a lo dispuesto por el Tribunal Eclesiástico. No parece que la afirmativa pueda postularse, al menos en lo que al caso de autos concierne, ya que expresa y decididamente el ponente sienta que «... correspondiendo, en último término, al órgano jurisdiccional civil determinar...» (CDO. 3.º). Esto equivale a decir en 1974 que *el Juez civil determina las consecuencias civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia, según la legislación civil* (8).

El mismo supuesto de hecho de la sentencia comentada, ocurrido años más tarde (después de 1979), encontraría una nueva normativa aplicable: o bien la interpretación jurisprudencial de la Constitución como valor normativo «aplicativo», o bien la nueva normativa del Código Civil tras la reforma de 1981 del título IV del libro I. En uno y otro caso, ambas normativas parten de dos principios constitucionales clave: el de aconfesionalidad y el de exclusividad jurisdiccional. Y, en consecuencia, la interpretación lleva a que los Tribunales Eclesiásticos carecen de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación, y a que sólo las separaciones decididas por los Jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil: así se expresa rotundamente la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981* (9).

La *repercusión* más notable es que —eliminada por el Tribunal Constitucional la ejecutoriedad automática de las resoluciones canónicas dictadas en orden a la guarda y custodia, patria potestad, régimen de comunicaciones y visitas respecto a los hijos de los matrimonios separados o anulados por los tribunales eclesiásticos— toda la problemática en torno a la guarda y comunicación con los hijos *puede volver a plantearse* ante la jurisdicción civil (10).

Expuestas estas breves consideraciones, basta aquí resumir el tema de la *ejecución civil* de las sentencias canónicas de separación conyugal en rela-

(8) Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional que luego se dirá.

(9) Véase en A. CANO MATA: *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, tomo I, Edersa, 1981, págs. 491 y ss. Para un comentario de la *Sentencia de 26 de enero de 1981* puede consultarse *in extenso* la obra de E. FOSAR BENLLOCH *Estudios de Derecho de Familia*, tomo I: «La Constitución y el Derecho de Familia», Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 257 y ss. En orden a la competencia de la Iglesia en las causas matrimoniales y al análisis del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, véase dicha obra, págs. 416 y ss. y 376 y ss.

Desde el punto de vista de la práctica forense, la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981* ha sido objeto de un reflexivo comentario por el letrado L. ZARRALUQUI: «Las resoluciones eclesiásticas sobre los hijos», artículo publicado en la Sección «Tribuna Libre» del periódico *El País*, sábado 4 de abril de 1981, pág. 14.

También se ocupa de este punto F. Díez MORENO: «Efectos civiles, en relación con los hijos, de las sentencias eclesiásticas de separación y nulidad matrimonial», en *Revista Actualidad Jurídica*, 1981-IV, págs. 17 y ss.

Por supuesto, los comentarios de los *canonistas* son numerosos. Por todos, ver R. RODRÍGUEZ CHACÓN: «Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España. Constitución y Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho Privado*, enero 1984, págs. 26 y ss., y febrero 1984, págs. 149 y ss., especialmente las referencias a la S. T. C. de 26 de enero de 1981 en págs. 50 y ss., 161 (nota 139) y 188, y al régimen de visitas en pág. 183 (n. 222).

Más recientemente, L. I. ARECHEDERRA ARANZADI: «Matrimonio y jurisdicción (Aproximación histórica)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXXVI, núm. 5, noviembre 1983, páginas 375 y ss., especialmente pág. 402, analiza brevemente la S. T. C. de 26 de enero de 1981.

(10) Así, en ZARRALUQUI, artículo citado.

ción a los hijos diciendo que cada *supuesto de hecho*, enmarcado dentro de la normativa aplicable al tiempo en que aquél se produjo, tendrá su resultado en función de aquella normativa, y aun en la actualidad cabría replantear ante la jurisdicción civil los temas de la guarda y comunicación con los hijos si la ejecución inicial de la decisión canónica fuera inconstitucional hoy en día. Esto en línea de principios, ya que, obviamente —transcurridos los años—, muchos hijos entonces menores hoy ya no lo serán.

III. El denominado «derecho de visita»

1. El supuesto de hecho contemplado por la sentencia comentada parte de una situación frecuente y «normal»: la madre que tiene la guarda y cuidado de los hijos menores en base a la *culpabilidad* del padre en la separación, que arguye un *derecho de retención (sic)* de los hijos en función de la patria potestad y que niega el *derecho de visita* en base al pretendido «interés de los hijos». Toda esta serie de cautelas, argumentos, etc., lo que tratan es de eliminar *físicamente* el contacto del padre con los hijos. Porque *jurídicamente* tal contacto deviene imposible, si se piensa que *desde 1968*, en que dicta su sentencia el Tribunal Eclesiástico, hasta *enero de 1974*, en que dicta su fallo el Tribunal Supremo, han transcurrido una serie de años vitales para la psicología y la formación de unos menores, amputados del trato directo con su padre. Y el daño irreparable causado a tales menores —que ya no lo serán en 1974—, ¿quién lo resarce?

A los argumentos del *motivo 3.º* en pro de la negativa del derecho de visita, su incompatibilidad con la patria potestad y la limitación de ésta si se admitiere aquel derecho, se opone la argumentación frontal del ponente en su *CONSIDERANDO 3.º*, que presupone la compatibilidad de la patria potestad con el derecho de visita, reconoce el interés de los hijos como prioritario y aplica el artículo 68-3.º, último párrafo, del Código Civil en cuanto a la *determinación* por el Juez civil de las medidas aplicables.

Rechazado el recurso y la argumentación de la madre con rotundidad y claridad, resta tan sólo una breve alusión al doctrinalmente denominado «derecho de visita» (11).

2. Resulta sorprendente que en toda la producción doctrinal española aparecida desde el Código Civil no exista la más mínima referencia a este postulado «derecho de visita». Hasta 1982 no aparece ninguna referencia bibliográfica (12), con la salvedad de un dictamen de V. L. SIMÓ SANTON-

(11) No me acaba de gustar tal denominación, compartiendo plenamente las críticas de F. RIVERO HERNÁNDEZ: *El Derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria*, Ed. Universidad de Navarra, Sociedad Anónima; Pamplona, 1982, pág. 32, nota 1. Sería preferible, como afirma dicho autor, la expresión «derecho de comunicación» o «derecho de relación» u otra similar.

(12) Es la obra colectiva dirigida por P. J. VILLADRICH y titulada *El Derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Ed. Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1982, con los trabajos de F. RIVERO (citado), G. GARCÍA CANTERO, R. RUIZ DE LA CUESTA, J. R. SAN ROMÁN, D. MATA VIDAL, J. L. CALVO CABELLO, F. MARTÍNEZ SAPIÑA, M. IRACHETA IRIBARREN, C. DEL CARMEN VENERO y L. M. LÓPEZ MORA, H. MUÑOZ MÉNDEZ, F. SALINAS QUIJADA, J. SÁEZ VÉLEZ, L. DEL AMO y C. DE DIEGO LORA.

No contabilizo las alusiones al «derecho de visita» en los autores que comentan la reforma del Código Civil en 1981 (art. 161 del Código Civil), aunque sí sean significativas: CASTÁN VÁZQUEZ: «Comentarios a los artículos 154-171 del Código Civil», en la obra colectiva dirigida por M. ALBALADEJO *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDESA, Madrid, 1982, págs. 55 y siguientes, especialmente págs. 114 y 173 y ss.; LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia* (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Ed. Bosch, 1982, pág. 742; PRADA: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense Notarial*, EDESA, 1982, página 388.

JA (13). Queda la duda de si ese desconocido e ignorado «derecho de visita» existía en la realidad, lo que alude a problemas sociológico-culturales en los que no quiero entrar y que dejo aquí apuntados.

3. *Breve apunte sobre el «derecho de relación o comunicación del padre con los hijos menores» (el perfil doctrinal).*—Unas breves alusiones al llamado «derecho de visita» —o mejor, «derecho de *relación* o *comunicación* del padre con los hijos menores»— pueden aquí efectuarse partiendo del *presupuesto* de la aportación fundamental citada de F. RIVERO HERNÁNDEZ. El artículo de F. RIVERO es en realidad una espléndida monografía sobre este punto, alejada de los habituales tópicos jurídicos y de la metodología conceptualista al uso y centrada en la realidad social y en las decisiones jurisprudenciales sobre el tema. Trata con autoridad de todos los puntos y problemas que afectan al denominado «derecho de visita»: antecedentes, metodología a seguir, titulares, contenido, cumplimiento, modificación y supresión, fundamento, naturaleza y caracteres de dicho derecho. Imposible y extemporánea la referencia a cada uno de dichos puntos, bastando aquí esta alusión (14). El autor termina su reflexión extrayendo la consecuencia de que estamos ante una figura sorprendente, de trazos muy particulares, de progresiva reafirmación hasta su consagración definitiva en leyes recientes (art. 161 del Código Civil, según Ley 11 de 13 de mayo de 1981, y art. 94 del Código Civil, según Ley 13 de 7 de julio de 1981), de evolución desde posiciones individualistas hacia otras sociales o altruistas (concesión al *menor* de tal derecho), en la que parece va a continuar primando el protagonismo de los Jueces sobre el de los legisladores. Lo que esta institución sea, o vaya a ser, dependerá mucho más de lo que digan las sentencias de nuestros Tribunales que lo que haya dejado escrito nuestro Parlamento en 1981 al respecto (15).

4. *El perfil jurisprudencial del tema.*—Uno de los primeros análisis sobre las decisiones jurisprudenciales en este tema ha sido precisamente el de F. RIVERO (16), efectuado no *in extenso* en cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo y sí con detalle en orden a otras decisiones de las Audiencias. El trabajo del autor, con un método inductivo, es admirable y no cabe decir nada más después de lo expuesto por él.

El siguiente análisis de las sentencias de los Tribunales en este tema es el realizado por M. IRACHETA IRIBARREN (17), estudiando con cierto detalle decisiones en las Audiencias y algunas del Tribunal Supremo.

De lo que se desprende de los precedentes análisis citados, las *decisiones* sobre el tema por parte de nuestro Tribunal Supremo se concretan en las *Sentencias* de 9 de junio de 1909 (18), 24 de junio de 1929 (19), 14 de octubre de 1935 (20), 3 de mayo de 1958 (21), 26 de abril de 1963 (22), y en el *Auto* de 4 de octubre de 1971 (23).

(13) SIMÓ SANTONJA: «Dos dictámenes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1970, núm. 480, págs. 1217 y ss., especialmente pág. 1235 («Segundo dictamen: derecho de visita»).

(14) Cfr. *op. cit.* en nota 11 —en la colectiva citada en nota 12—, sobre todo en sus págs. 90 y ss., 111 y ss., 203 y ss., y 224 y ss.

(15) Cfr. RIVERO, *op. cit.*, págs. 243-246.

(16) *Op. cit.*, págs. 42 y ss.

(17) Cfr. obra colectiva citada en nota 12: el título es «Reflexiones a propósito de algunas sentencias relativas al régimen de visitas de los menores», *op. cit.*, págs. 361 y ss.

(18) Cfr. en RIVERO, *op. cit.*, pág. 46.

(19) Cfr. en RIVERO, *op. cit.*, pág. 47.

(20) Véase en RIVERO, *op. cit.*, pág. 48: con magistral ponencia de CASTÁN TOBEÑAS.

(21) Véase en IRACHETA, *op. cit.*, pág. 364.

(22) Véase en IRACHETA, *op. cit.*, pág. 365.

(23) Véase en J. PUENTE EGIDO: *Derecho Internacional Privado Español: Doctrina legal del Tri-*

Apunta IRACHETA que esta jurisprudencia está presidida por el *principio de que el fundamento de la visita es la mejor educación y asistencia de los hijos*, ante el cual se supeditan los derechos de los padres. Considera que el régimen de visitas debe basarse en la *discrecionalidad y la flexibilidad*, y que es necesario el establecimiento de Jueces de familia con personal auxiliar especializado (24).

Por su parte, F. RIVERO extrae las *notas* siguientes de la lectura y comparación de la jurisprudencia aludida —en orden al *fundamento* del «derecho de visita»—: *primera*, que se apela a figuras o instituciones exteriores al mismo (patria potestad, abuso de la misma, corresponsabilidad entre obligaciones legales de los abuelos y derecho de éstos) en cuanto al derecho de visita de los *ascendientes*, en tanto que para los *padres* se encuadra dentro de la misma relación padre-hijo; *segunda*, que para este *segundo supuesto*, nuestros Tribunales barajan indistintamente (a veces, cumulativamente) *tres ideas*: la de protección de una relación afectiva y de comunicación entre los mismos, la consideración de que se trata de un derecho natural y la de que tales relaciones se conceden eminentemente en provecho del hijo, en beneficio de su persona y formación, y siempre que no puedan perjudicarle, a lo que vienen subordinadas (25).

5. *La aplicación al caso resuelto por el Tribunal Supremo de las consideraciones precedentes en torno al «derecho de visita»*.—Analizado en el epígrafe 1 de este apartado el contenido del motivo 3.º y su homólogo del CONSIDERANDO 3.º, resta por ver si algunas de las consideraciones doctrinales precedentes son de pertinente aplicación al caso de autos y si cabe remitirse comparativamente a otras decisiones jurisprudenciales similares.

Lo que es evidente es la *ausencia* de todo análisis comparativo con otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo en relación con el tema. No lo debió entender necesario el ponente. También parece evidente la *no diferenciación* en la sentencia entre el derecho de visita cuyo titular es el padre separado de sus hijos y el derecho de visita del que sea titular el menor (26).

Sí aparece en la sentencia una referencia *indirecta* al *interés de los hijos* («... portadores del interés familiar más necesitado de protección»). Ese «interés del niño» —«*mot magique! mais qui couvre souvent les convenances personnelles*», en frase de SAVATIER (27)— es de difícil determinación a nivel teórico y más en la práctica, en cada caso concreto, a juicio de RIVERO. Cita éste a DONNIER, para quien ese *interés del niño* «se ha convertido en una noción llave, una especie de nuevo principio de derecho, y eso de acuerdo con la tendencia de la metodología moderna de situar los problemas jurídicos menos en el plano de los *conceptos* que en el de los *intereses*» (28). Por lo expuesto aquí, y dada esa referencia indirecta en la sentencia, tal «interés del menor» queda algo diluido y vago.

Lo más relevante de esta sentencia es el aspecto de la *compatibilidad*

bunal Supremo (1841-1977), Barcelona, 1981, Ed. Universitaria de Barcelona, pág. 778 (núm. 207 de Sentencia).

Curiosamente este Auto de 1971 no apareció en su día en esta Revista, dado que no me fue enviado el texto del mismo.

(24) Véase *op. cit.*, pág. 369 (subrayados míos: J. C. G.).

(25) Véase *op. cit.*, págs. 207-208 (subrayados míos: J. C. G.). Lo expuesto es concordante con el contenido del derecho de visitas según F. RIVERO y con las *líneas fundamentales* que lo informan: *op. cit.*, págs. 96 y ss.

(26) Véase *in extenso* en RIVERO, *op. cit.*, págs. 224 y ss., y 233 y ss., respectivamente.

(27) Cita en RIVERO, *op. cit.*, pág. 115 y nota 104.

(28) Véase *L'intérêt de l'enfant*, Dalloz, 1958, Chronique, pág. 179: cita en RIVERO, *op. cit.*, página 54, nota 27.

del derecho de visita con la patria potestad y la vinculación o ligazón de tal compatibilidad. El nexo de la compatibilidad se hace *derivar*, de una parte, de una norma concreta —artículo 68-3.º, último párrafo, del Código Civil en su redacción de entonces—, y de otra, de «los principios generales del derecho natural». Es esta última conexión la que origina ciertos reparos por nuestra más autorizada doctrina, que considera que ello no equivale a que el derecho de visita sea absoluto, y que alude a la moderna doctrina extranjera, que cuestiona el sentido y alcance del término «derecho natural» (29).

Finalmente, es relevante en la sentencia comentada el aspecto relativo a «la *determinación* del tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá ejercitar dicha *facultad*» (30), determinación que atribuye al juzgador de instancia, sin ulteriores precisiones.

IV. *Recapitulación parcial*

En este momento del razonamiento interpretativo parece conveniente efectuar una ligera *recapitulación* parcial de lo hasta aquí expuesto, lo que efectúo en la forma siguiente:

1.º El tema de la pretendida *incompetencia de jurisdicción* parece ir ligado a las dilaciones y excusas típicas puestas por el progenitor que tiene consigo a los hijos. Lo que se consigue es la eliminación no sólo física, sino jurídica (¡más de ocho años del pleito!), del contacto de los hijos con el progenitor separado de ellos.

2.º El tema de la *ejecución civil de la sentencia canónica de separación conyugal en relación a los hijos* era pacífico en el tiempo en que se dicta la sentencia (1974) —sujeto a la normativa de los artículos 80-82 del Código Civil, en relación con el artículo XXIV del Concordato de 1953—, pero en la actualidad estaría sometido al imperio de la Constitución de 1978, a la nueva redacción del título IV del libro I del Código Civil y a la interpretación del Tribunal Constitucional.

3.º El tema del denominado *derecho de visita* debe necesariamente enmarcarse dentro del tratamiento efectuado por F. RIVERO HERNÁNDEZ, a cuya magnífica exposición me remito una vez más.

4.º El tratamiento que da el ponente en la sentencia a estos *tres puntos clave del caso litigioso* es desigual: incidental y marginal, en cuanto al *primero*; afirmación de la jurisdicción civil en orden a la determinación de los efectos civiles, en cuanto al *segundo*, y afirmación de la compatibilidad y procedencia del derecho, en cuanto al *tercero*.

5.º El tratamiento del ponente, en cuanto al *derecho de visita*, es importante por la relevancia a aquél concedida, por la compatibilidad postulada con la patria potestad, por la determinación de su contenido atribuida al juzgador de instancia y por la relevancia dada al interés de los hijos.

6.º En la sentencia no se efectúa un análisis comparativo con otras sentencias precedentes sobre este tema de nuestro Tribunal Supremo, ni se distingue entre el derecho de visita atribuido al progenitor separado de los

(29) Así, en RIVERO, *op. cit.*, pág. 96 y nota 76, y allí la cita de P. SIMON: «Das Verkehrsrecht - ein natürliches Elternrechts?», en *Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* (Fam RZ), 1972), págs. 485 y ss.

(30) Así, en el propio CDO. 3.º (subrayados míos: J. C. G.). En cuanto a si el derecho de visita es una *facultad* —en la dicción del Ponente— o un verdadero *derecho subjetivo* o un *derecho-función*, me remito a la excelente exposición de RIVERO, *op. cit.*, páginas 224 y ss.

hijos y el que se atribuye al menor, ni se profundiza en la valoración dada al «derecho natural».

7.º La sentencia aparece enmarcada, de un lado, dentro de la línea tradicional, en orden a la eficacia civil de las sentencias canónicas, y de otro lado, dentro de una línea progresiva, de expreso reconocimiento del derecho de visita.

V. Resumen final

Después de las precedentes consideraciones, cabe finalizar estas notas con las siguientes proposiciones concluyentes:

1.ª El encuadre de la sentencia dentro de una línea moderadamente progresista, de reconocimiento expreso del derecho de visita.

2.ª La formulación del derecho de visita en forma genérica e indeterminada, cuya *concreción* remite a otra genérica determinación del juzgador de instancia.

3.ª La relevancia otorgada a la compatibilidad de tal derecho con la patria potestad y al nexo con el derecho natural.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR.—ENAJENACION MENTAL. PRINCIPIO DEL «FAVOR TESTAMENTI» (arts. 658, 662, 663, 665 a 667, 685, 695 y 766 del Código Civil (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1982).

Se presume la capacidad del testador mientras no se demuestre su incapacidad de modo inequívoco y concluyente mediante prueba en contrario, que, en el testamento notarial, no deberá dejar margen racional de duda.

La cuestión referente al estado mental del testador es de hecho.

Los informes periciales no son documentos auténticos a efectos del recurso de casación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número dos de Lugo, por la parte actora y apelada, con base a las siguientes consideraciones:

Que necesitada toda declaración de voluntad, encaminada a la producción de efectos jurídicos, de aptitud en el sujeto que la emite, es claro que integrado el testamento por un elemento constitutivo primordial, en que consiste la manifestación del causante tendente al logro de un resultado que el ordenamiento respeta y protege como querido por el testador (artículos seiscientos cincuenta y ocho y seiscientos sesenta y siete del Código Civil), obviamente carecerá de eficacia el negocio jurídico *mortis causa* cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de manera que en el momento de otorgarlo, que

es el de valoración de su capacidad (art. seiscientos sesenta y seis del mismo Código), no ha podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente, ajustada al propio entender y querer interno; sentido en el cual, si ya nuestro Derecho histórico privó de la capacidad testamentaria activa al que «fuese salido de memoria (que) non puede facer testamento mientras que fuere desmemoriado» (Ley trece, título primero, de la Partida sexta) y algún texto foráneo la descarta también en aquel que por cualquier causa, aunque sea transitoria, es incapaz de entender o de querer en el momento de realizar tal disposición (art. quinientos noventa y uno, párrafo tres, del Código Civil italiano), el seiscientos sesenta y tres, número segundo, del patrio niega la testamentificación activa al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, amplia fórmula asimismo utilizada en el campo del Derecho foral (Ley ciento cuarenta y nueve, núm. dos, del Fuero Nuevo de Navarra, y art. doscientos veinticinco del Proyecto de Compilación catalana, que no pasó a la regulación definitiva), en la que habrán de ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad, en palabras de la Sentencia de once de diciembre de mil novecientos sesenta y dos.

Que al aplicar las normas de los artículos seiscientos sesenta y dos, seiscientos sesenta y tres, seiscientos sesenta y seis, seiscientos ochenta y cinco y seiscientos noventa y cinco del Código Civil, la doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: Primero. Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental. Segundo. Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, demostrando que en el acto de otorgarlo no se hallaba el testador en su cabal juicio, esta prueba no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre. Tercero. La cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, asistida de la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, según disponen los artículos mil doscientos cuarenta y tres del Código Civil y seiscientos treinta y dos de la Ley Procesal, armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, pues el dictamen de los técnicos dejó de constituir el llamado «juicio de peritos», contemplado en la Ley de Enjuiciamiento de mil ochocientos cincuenta y cinco, y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el juzgador (Sentencias de diez de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, diez de febrero de mil novecientos cuarenta

y cinco, nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, primero de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, dieciséis y veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, diecinueve de enero de mil novecientos sesenta, doce de mayo de mil novecientos sesenta y dos, treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y seis, ocho de marzo de mil novecientos setenta y dos y veinte de febrero de mil novecientos setenta y cinco, entre otras).

Que el Tribunal de instancia, revocando en el caso presente la sentencia recaída en el primer grado, entiende insuficientemente acreditada la pretendida carencia de voluntad consciente y libre en el causante don J. L. G., fallecido en estado de soltero y sin herederos forzosos el dos de marzo de mil novecientos setenta y cinco, que otorgó testamentos abiertos en número de cuatro (dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, cuatro de junio de mil novecientos sesenta y nueve, quince de abril de mil novecientos setenta y siete de octubre siguiente), conclusión que obtiene argumentando que si ya por de pronto la circunstancia de que aquél efectuase las sucesivas disposiciones ateniéndose a un propósito sin radicales cambios, variando tan sólo las atribuciones a los distintos favorecidos, pero manteniendo siempre el caudal dentro del ámbito familiar (hermanos, sobrinos o primos), con un legado de escasa cuantía a un vecino, comporta un dato en pro de su recto criterio y de la normalidad de la mente, afirmada en las cuatro ocasiones por los respectivos Notarios y los testigos instrumentales; los informes médicos no conducen forzosamente a la aceptación de la tesis mantenida en la demanda de que en todas las ocasiones el disponente carecía de cabal juicio, pues uno de aquéllos consiste en certificación librada el diecisiete de abril de mil novecientos setenta y cinco por facultativo no especialista, expresando literalmente que J. L. G. «padecía durante el tiempo que le consulté, hace más de quince años, una psicosis de tipo delirio de persecución»; otro de los informes aparece suscrito por psiquiatra, pero después de muerto el interesado, sin observación del enfermo y con la sola base de lo dicho en el anterior documento y de un manuscrito por el testador trazado, y el tercero procede de un ejerciente en el dilatado campo de la Medicina general, que no hace más que reproducir a la letra el diagnóstico hecho por aquel especialista, todo lo cual le permite entender a la Sala sentenciadora que la psicopatía padecida por el testador no llegó a anular su inteligencia y voluntad, y el proceso esquizofrénico, mencionado por dos de esos médicos y los tres informantes en el período probatorio, presenta una marcha evolutiva y antes de alcanzar la última fase de total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lúcidos y, por tanto, que haga lícito ejercicio de la testamentificación; ello además de que, sobre todo, la Sala *a quo* entiende que la alteración en el psiquismo de J. L. G. «no llegó a alcanzar el límite de la esquizofrenia».

Que el motivo primero del recurso, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba evidenciado por documentos auténticos, citando al efecto los certificados e informes médicos de que se hizo referencia; impugnación improsperable, no obstante el meritorio estudio que por la parte se hace de las dolencias mentales, describiendo con detalle las notas o requisitos de la esquizofrenia, la paranoia y la histeria amnésica, para finalizar con el aserto de que la inteligencia y

la afectividad del testador estaban profundamente alteradas en relación con sus familiares más próximos, pues sin desconocer la opinión de los autores que afirman la inoperancia de una disposición testamentaria evidentemente relacionada con la idea fija determinante de un vicio parcial de la mente del testador (delirio de persecución, monomanías, etc.), dicho se está que la apreciación de la capacidad del testador es cuestión fáctica entregada a la soberana decisión del Tribunal sentenciador, y de otro lado, son constantes las declaraciones jurisprudenciales en punto a que el contenido de los informes periciales carece de la nota de autenticidad a efectos del recurso de casación, en cuanto elemento demostrativo ya analizado en la instancia libremente, lo que excluya la posibilidad de que tales dictámenes puedan ser utilizados para patentizar el error en la ponderación del material instructorio con arreglo al cauce utilizado (Sentencias de doce de marzo, diecisiete de mayo, tres de julio y nueve y trece de octubre de mil novecientos ochenta y uno y cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y dos, entre otras muchas), ya que por sí mismos no pueden evidenciar, sin necesidad de operaciones dilucidadoras y deductivas, el irrefutable desacierto en que tendría que haber incurrido la sentencia combatida.

Que la repulsa del motivo inicial arrastra indefectiblemente la de los otros dos, pues el segundo —que aduce interpretación errónea del artículo seiscientos sesenta y tres, número segundo, del Código Civil— incurre en la petición de principio de dar por existente en el testador una enfermedad mental que le incapacitaba para otorgar las disposiciones cuya declaración de radical nulidad se postula, y el motivo tercero, amparado, como el anterior, en la causa primera del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, cita como violado el artículo seiscientos sesenta y cinco de aquel Cuerpo sustantivo cuando la Sala sentenciadora tiene por no demostrada la demencia, a lo que ha de añadirse que el precepto en cuestión y las garantías que señala convienen, según generalizado parecer doctrinal —con alguna autorizada voz discrepante— y reiterada jurisprudencia (Sentencias de diez de junio de mil ochocientos noventa y siete, veinticinco de octubre de mil novecientos uno, veintidós de enero de mil novecientos trece y doce de mayo de mil novecientos sesenta y dos), a quien ha sido declarado judicialmente incapaz y por ello no puede conceptuársele autor de una manifestación de voluntad consciente, de suerte que en los demás supuestos basta con que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la lucidez necesaria para testar, conforme dispone el artículo seiscientos ochenta y cinco.

COMENTARIO.—Merece toda clase de plácemes esta sentencia por cuanto la misma se mueve en la línea de ponderación a que nuestro más Alto Tribunal nos tiene acostumbrados, manteniendo el principio de la seguridad jurídica en defensa de los legítimos derechos e intereses de la persona, uno de los cuales, íntimamente unido a la misma, es el de la posibilidad de disponer de sus bienes para después de su muerte mediante el otorgamiento del correspondiente testamento. Y mal se mantendría todo ello si se admitiese la posibilidad de anular una disposición testamentaria, en cuyo otorgamiento interviene un fedatario que por su formación analiza cuidadosamente la capacidad del testador y cuya apreciación resulta corroborada por tres testigos, en virtud de presunciones o apreciaciones con margen abierto a la duda. Además, en casos como el presente, debe ser tenido muy en cuenta que si los próximos parientes pudieron en vida del testador ins-

tar la declaración judicial de incapacidad de éste y no lo hicieron, no debe protegerse ese interés —económico, por otra parte, exclusivamente— una vez fallecida la persona a la que no se quiso o no se pudo incapacitar mientras vivía. Lo cual no quiere decir que no se admita la posibilidad de anular un testamento por enajenación mental del testador no declarado previamente incapaz, sino que, en estos casos, debe exigirse una prueba total, completa y absoluta —inequívoca y concluyente, dice la sentencia—, porque la incapacidad no se presume, porque se admite el testamento del loco hecho en intervalo lúcido, por el principio del *favor testamenti* —manifestación particular del más general de la subsistencia del negocio jurídico, esto es, de la producción de efectos del mismo— y por la fehacencia de la apreciación notarial, en este caso, de cuatro sucesivos Notarios.

PARTICION. BIENES GANANCIALES. EDIFICACION EN SUELO PRIVATIVO A COSTA DEL CAUDAL COMUN. ACCESION INVERSA. Antiguo artículo 1.404, párrafo 2.º, del Código Civil (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, por la parte actora y apelante, conforme a las siguientes consideraciones:

Que para el estudio de la cuestión capital del recurso, hay que partir de que la edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges era problema que venía resuelto por el artículo mil cuatrocientos cuatro, párrafo segundo, del Código Civil —precepto aplicable al caso litigioso, por tratarse de situación creada con mucha anterioridad a la reforma de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno— en el sentido de apartarse de las reglas de la accesión (Sentencia de seis de noviembre de mil novecientos setenta y tres) y reputar ganancial el resultado de la obra, atrayendo lo edificado al terreno, a diferencia de lo establecido para el nuevo régimen económico matrimonial, pues el artículo mil trescientos cincuenta y nueve, párrafo primero, mantiene el principio ordinario de accesión al disponer que las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten; precepto aquél que, según había declarado la jurisprudencia, era aplicable también a la hipótesis de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación (Sentencia de dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro).

Que tanto el Juez como la Sala *a quo*, a la vista del reconocimiento judicial practicado y de la prueba pericial (incluso podría añadirse la fuerza demostrativa del documento fotográfico unido al folio cuarenta y tres), entienden que el edificio de nueva planta, levantado después de demoler una pequeña construcción añosa y adosado a la vieja casa-habitación, tiene naturaleza ganancial, como realizado que fue durante el matrimonio del

testador con doña M. G., aunque el suelo pertenecía al marido, ya que no consta que el importe de la obra fuese atendido con dinero perteneciente a don J. A. A. A., pronunciamiento que habrá de alcanzar la debida trascendencia en la partición de bienes del causante, efectuada en el juicio de testamentaria del que dimana el actual proceso declarativo; y contra tal declaración se alza el motivo inicial, que denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo mil cincuenta y seis, párrafos uno y dos, del Código Civil, impugnándola sobre la base de que no viene permitida, al faltar el ejercicio de acción alguna instando la nulidad parcial y la ineficacia del negocio *mortis causa* por exceso en la disposición, y tampoco la reconvencción atañe a tal tema.

Que la alegación así formulada no puede prosperar, dado que plantea una cuestión no suscitada ni resuelta en la instancia, contrariando la prohibición establecida en el artículo mil setecientos veintinueve, número quinto, de la Ley Procesal, según lo patentiza la lectura del escrito instaurador del debate (fundamentación fáctica II) y de la réplica (apartados I y II de los hechos), pasajes donde simplemente se excluyó la aplicación del artículo mil cuatrocientos cuatro, párrafo segundo, para llevar el supuesto al artículo mil cuatrocientos ocho, número tercero, como si se tratara de una mera reparación, no figura en lo actuado antecedente documental que permita afirmar que la disposición del testador se ha extendido a bienes ajenos a su patrimonio, y, por consiguiente, la adjudicación a su hijo don J. M., «en pago de su legado, mejora y legítima», del caserío «Ibarreta-Azpikoa», reduciendo la porción de los nueve hijos restantes a la legítima estricta, hay que entenderla racionalmente referida a los bienes que integraban su caudal, y, por consiguiente, en cuanto al nuevo edificio hay que llevar a las operaciones divisorias las obligadas repercusiones de su naturaleza ganancial, sin olvidar la restricción recogida en el artículo mil cuatrocientos catorce del Código sustantivo, que no aparece desconocido por el estador, que en otro caso incurría en nulidad del acto dispositivo (Sentencia de nueve de mayo de mil novecientos sesenta y ocho), extremo que no ha sido planteado ni debatido en la instancia y por lo mismo no susceptible de examen en la casación.

Que el motivo segundo del recurso, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, aduce violación de los artículos ochocientos cincuenta y ocho, ochocientos cincuenta y nueve, ochocientos sesenta y uno y ochocientos sesenta y cuatro del Código Civil, que fundamenta en la circunstancia de que el legado en favor del recurrente se extendió a todos los elementos constitutivos de la explotación agrícola «Ibarreta-Azpikoa» y, por tanto, también a la parte indeterminada que el causante correspondía sobre el referido edificio ganancial; y tampoco puede ser acogido, ya que prescindiendo de si la tesis ahora mantenida se ajusta a la normativa sobre la eficacia del legado sobre cosa parcialmente ajena (art. ochocientos sesenta y cuatro), como se pretende, la cuestión de que se trata es totalmente nueva en casación, ya que la demanda se limitó a solicitar sentencia «aprobanda las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor don A. N. L., que constan en los folios setenta y nueve a ochenta y cinco del juicio universal de testamentaria, a que se refieren estos autos, mandando protocolizar dicho cuaderno particional», por tanto, sin hacer mención alguna ni deducir pedimento respecto de las operaciones del contador dirimente, ni a la inclusión en el

haber del mejorado de la porción que al causante corresponde en la aludida finca ganancial, punto sobre el que nada se postuló ni constan en las actuaciones datos documentales sobre su tratamiento por el partidor tercero en el juicio sucesorio, todo lo cual veda a esta Sala cualquier decisión relativa al particular.

Que la misma suerte de los anteriores ha de correr el motivo tercero del recurso, que, también por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, reprocha a la sentencia de la Sala violación del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, por haber desconocido la clara voluntad del testador, animado por el propósito de mantener indivisa la explotación agrícola familiar; ya que, según se razonó, el Tribunal *a quo* no prescinde de lo dispuesto en el testamento ni niega eficacia a la adjudicación del caserío, reduciendo a los demás hijos a la legítima corta, sino que se limita a declarar, en lo que importa al caso, que el edificio levantado de nueva planta tiene condición de ganancial y no es bien privativo del causante, correspondencia al patrimonio común de los cónyuges que el tenor testamentario no contradice.

F. C. L.