

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
JOSÉ CERDÁ GIMENO
FRANCISCO CASTRO LUCINI y
JORGE SALAZAR GARCÍA

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

EXPEDIENTE DE DOMINIO. NATURALEZA. OPOSICION Y JUICIO DECLARATIVO. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1981).

Hechos.—Varios señores, titulares registrales de la mitad indivisa de una finca, siguen expediente de dominio para lograr la inscripción a su favor de la otra mitad indivisa. Hay oposición de un descendiente del titular de dicha mitad, y contra el mismo formulan los primeros demanda de mayor cuantía solicitando la declaración de haberse producido a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria de la mitad indivisa citada y, en consecuencia, ser procedente la cancelación de las inscripciones existentes de la misma y su inscripción a favor de los actores.

La parte demandada se opone, negando la posesión base de la usucapión alegada.

El Juzgado de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial estimó la demanda y, apelada la sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la revocó, sin entrar en el fondo del asunto, por estimar defectuosamente constituida la relación procesal, al no haber sido traídos a la litis los demás presuntos herederos del titular registral.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, siendo Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre Bernardo; entre otras, por las siguientes razones:

«Considerando: Que los motivos primero, segundo y quinto, amparados en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, plantean la problemática del litis consorcio pasivo necesario desde tres órdenes de argumentaciones, y así, en el primero, se denuncia su aplicación indebida, con base en que siendo el pleito consecuencia de un expediente de dominio sólo se demandó al único que, comparciendo en el mismo, mostró su oposición, viniendo a inferir que la incomparecencia de los restantes afectados es demostrativa de su aquiescencia a lo pretendido en este procedimiento, con apoyo y denuncia de la violación de la doctrina sentada en las sentencias que se citan, mas ello sin tener en cuenta que dichas sentencias o bien se están refiriendo a actos de jurisdicción voluntaria, cuyo expediente se hizo contencioso por oposición a la solicitud promovida, o contemplan supuestos en que los interesados, no demandados, mostraron patentemente aquella conformidad a la declaración que a los mismos pudiera afectarles; situaciones ambas muy distintas a la que motivó la recurrida sentencia: *a)* porque, independientemente de cuál sea o se atribuya la naturaleza jurídica del expediente de dominio, e incluso sin ignorar que para determinado sector doctrinal, más hipotecarista que procesal, lo sea de acto de jurisdicción voluntaria, no obstante tener que vencer para ello obstáculos realmente insalvables, bástenos recordar el artículo mil ochocientos once de tal citada Ley procesal, el que excluye del ámbito de dicha jurisdicción todo acto en que existen partes conocidas o determinadas, o el más trascendente mil ochocientos diecisiete de la propia Ley, conforme al cual si se hiciera oposición por alguno que tenga interés el asunto se hará contencioso sin alterar la situación que al iniciarse tuvieran los interesados, ni lo que fuese objeto de la pretensión principal, nada de lo cual se da en el expediente de dominio, toda vez que ya de inicio se prevé la existencia de contradictores a los que precisamente hay que traer al expediente, para seguidamente regular su oposición, si bien lo sea limitada al acreditamiento de la adquisición del dominio, proposición y práctica de pruebas, para terminar por auto en el que el Juez declare justificados o no los extremos aducidos en el escrito inicial, si bien no tenga o goce del valor de cosa juzgada material, por lo que no ha de impedir la posterior incoación del juicio declarativo que corresponda por quien se considera perjudicado, es que, terminado, en el caso de autos, el expediente, del que los recurrentes dicen no ser sino su continuación el presente procedimiento, por sobreseimiento del mismo, lo cual en verdad es poco ortodoxo, toda vez que, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria —artículo doscientos uno, quinta—, en relación a la terminación del expediente, lo ha de ser por auto conteniendo una de aquellas declaraciones a las que se hizo anterior referencia, pero desde luego sin convertirlo en contencioso, al acudir los actores a este juicio declarativo, claro es, lo fue con total independencia de aquel expediente al que se puso fin en la forma ya expresada y, por tanto, con sujeción a las normas reguladoras del mismo, de las que no ha de ser una excepción las que determinan las personas que han de ser traídas como partes por afectarles las declaraciones que, en su momento, se pueden acordar en la sentencia que se dicte, siendo muy distintas las pretensiones formuladas de las que lo pudieron ser en aquel expediente reducido a ser título justificativo de la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, mientras que ahora se pretende se declare la adquisición por prescripción extraordinaria de la finca a la que tanta referencia se viene haciendo, con las consecuencias inherentes al ejercicio de toda acción contradictoria del dominio inscrito;

y b) porque el no haber comparecido en el expediente de dominio no puede equipararse a aquella patente demostración de aquiescencia o conformidad, con lo que con arreglo a las pretensiones de los actores puedan declarar la sentencia que se dicte, pues aquella incomparecencia, en un procedimiento judicial de naturaleza *sui generis*, pero cuya resolución no priva a los interesados de ejercitar el derecho que se crean les asiste, no puede tomarse como una implícita o explícita renuncia a los mismos, muy contrariamente con el valor de la sentencia que ponga fin a este juicio ordinario declarativo que obliga, en consecuencia, a que sean debidamente convocados al mismo; por todo lo que este primer motivo ha de ser desestimado.»

«Considerando: Que en el segundo de los motivos se tiende a combatir la fundamentación de la exigencia del litis consorcio pasivo necesario, con apoyo en el principio de Derecho *nemo debet inaudito damnari*, pues según se afirma cede en circunstancias como las de la presente litis cuando los no oídos como partes lo han sido como testigos en el seno de la misma', y volviendo a insistirse, según se dice, a mayor abundamiento, en que 'no se opusieron a las mismas pretensiones en el expediente de dominio en el que fueron citados en forma legal', y aparte esto último por haber quedado examinado y resuelto en el anterior Considerando, centrando la cuestión en cuanto se refiere a la subsanación del defecto que motiva la recurrida sentencia por la citación de los que debieron ser partes como testigos, es de señalar que en forma alguna puede equipararse a los efectos de subsanar tal defecto procesal de orden público, puesto que sabido es que nadie puede ser condenado sin haber sido parte en el juicio o darle tal oportunidad, pues a tal equivale el haber sido oído y vencido, como cuanto a la necesidad de traer al pleito, con tal cualidad, a quienes puede afectar la sentencia, pues la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo, sin que la mera circunstancia ocasional de ser testigo pueda tomarse con el mismo valor y efecto de ser parte, pues aunque por dicha razón le permita conocer la existencia del procedimiento, queda al margen de lo que, para el mismo, constituye un auténtico derecho, cual es el poder discutir, oponerse, proponer y practicar, a su instancia, las pruebas oportunas a sus intereses, en resumen, ser oídos y vencidos en juicio con el alcance al que se hizo anterior referencia, como al propio tiempo significa obligación para los actores, la de traer al juicio a todos los que la resolución puedan afectar sin ser árbitros para que lo sean los que voluntariamente elijan, o sacar deducciones en su propio beneficio de las que estimen actitudes demostrativas de renunciaciones a dichos derechos, y la no menor del Tribunal de hacer declaraciones sobre negocios que se contrajeron o pueden afectar a quienes estén ausentes del procedimiento y no pueda extenderse los efectos de la cosa juzgada (sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro); y es así cuando incluso las propias sentencias que se citan por el recurrente son conformes a lo expresado la de veintidós de marzo de mil novecientos setenta y seis, trata del supuesto de ser demandado como heredero de su padre, entendiéndolo debió ser como donatario, lo que le permite a la Sala afirmar ha sido convocado y oído en juicio, en el que ha podido expresar y ha expuesto cuanto le interesaba; la de once de febrero de mil novecientos sesenta y seis, en la que tratándose de indemnización de daños y perjuicios se descarta la necesidad de traer a la litis a

todos los que desde el primer momento se tiene la convicción de que no han participado en la originación de tales daños; tratando las de catorce de octubre de mil novecientos sesenta, siete de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, cuatro de mayo de mil novecientos sesenta y ocho de cuestión bien distinta, cual es si no habiendo sido excepcionada la falta de litis consorcio pasivo necesario constituye o no cuestión nueva a efectos de casación, hoy día ya superada por la doctrina sentada en numerosas sentencias; y es la de veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro la que precisamente, en relación al principio *nemo debet inaudito damnavit*, estimando el motivo que le sirve de apoyo, al no haber sido parte en el pleito las personas a cuyo nombre fue arrendado un local, que de estimarse la demanda se verían privados de los derechos y facultades que ostentaban y aunque no deje de recoger el hecho de que uno de ellos 'ni siquiera como testigo haya sido oído en la litis', no quiere decir otra cosa que una recriminación ante el olvido, por parte del actor, pues no se da otro valor a los que aun siendo testigos no fueron parte en la litis; por todo lo que el motivo ha de ser desestimado.»

NOTA: Es de destacar en la presente sentencia la atribución, por las razones que indica, de una naturaleza *sui generis* al expediente de dominio, frente a ciertos autores, que lo incluían entre los procedimientos de jurisdicción voluntaria, excluyéndolo, en consecuencia, de la normativa general que para éstos contiene la Ley rituaría.

DOBLE INMATRICULACION. NO TIENE APLICACION EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. LA PREFERENCIA DE UNA U OTRA INSCRIPCION DEBE RESOLVERSE POR LA VIA CIVIL (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El supuesto de doble inmatriculación, es decir, de inmueble inscrito a favor de titulares distintos, constando en inscripciones contradictorias entre sí, a las que, por lo mismo, les falta la exactitud necesaria para la producción de sus efectos registrales, es una situación anómala que impide la correcta aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y ante ella, como se deduce del artículo 313 del Reglamento Hipotecario, y como lo tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de esta Sala —sentencias, entre otras muchas, de 17 de enero y 17 de junio de 1973, 31 de octubre de 1978 y 16 de mayo de 1980— al neutralizarse los efectos de ambas inscripciones hay que acudir para resolver la pugna o colisión entre ellas y determinar cuál sea la prevalente, sin posible aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la vía civil, pues sólo las reglas y normas del Derecho civil son las que han de determinar quién tiene el título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior.

DOMINIO PUBLICO: TIENEN ESTA CONSIDERACION LOS TERRENOS COMPRENDIDOS EN LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE. LA OPOSICION A LOS EFECTOS DE TAL CONDICION DEBE FUNDARSE BIEN EN UN CAMBIO DE DESTINO O BIEN EN SU DESAFECTACION, NO SIENDO SUFICIENTE PARA ELLO LA INSCRIPCION REGISTRAL DE LA FINCA. ES TITULO SUFICIENTE PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION REIVINDICATORIA POR EL ESTADO LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA FIRME DEL DESLINDE PRACTICADO. ESTA EXCEPTUADO DE INSCRIPCION Y LA INSCRIPCION REGISTRAL CONTRADICTORIA NO PUEDE PERJUDICARLE (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina jurisprudencial de esta Sala, mantenida en la sentencia de 19 de diciembre de 1977, en la que se reproducen las de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril de 1976, la que viene a establecer: *a)* Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como de bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los hechos obstativos a la misma o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzcan. *b)* Que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si se demuestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880. *c)* Que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público «deben probar inexcusablemente bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía». Y *d)* Que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad; habiendo especificado la sentencia de 26 de abril de 1969 que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere no son los que provienen de un título de dominio o inscripción tabular o de una posesión más o menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o el cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano, por lo que para que el particular pueda invocar «un derecho legalmente adquirido» precisa una decisión estatal que ordene la desafectación.

Es título suficiente de dominio para legitimar el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del Estado la resolución administrativa firme del deslinde practicado de la que resulta que la finca cuya reivindicación se pretende está enclavada dentro de la zona marítimo-terrestre.

Como se proclama en la antedicha sentencia de 19 de diciembre de 1977, recogiendo las de 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974, es doctrina de este Tribunal: *a)* que los bienes de dominio público, al estar exceptuados de inscripción en el Registro de la Propiedad, no necesitan de las ventajas y garantías que proporciona el sistema registral, cuyo contenido no puede perjudicarles; *b)* que el principio de legitimación registral formulado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria lo es con la fuerza y

virtualidad de una «presunción *iuris tantum*», que se destruye cuando la realidad física y jurídica se enfrentan con la realidad registral —sentencia de 7 de mayo de 1975—; y c) que tal virtualidad debe quedar enervada cuando frente a la inscripción registral se acredita la real existencia de una zona marítimo-terrestre de dominio público, perfectamente determinada y dentro de la cual se justifica que se encuentran los terrenos litigiosos, inscritos a nombre de un particular —sentencia de 23 de abril de 1976, que cita las dos anteriores.

J. S. G.

III. OBLIGACIONES

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: NO SE SOLICITO LA PRORROGA POR EL ARRENDATARIO CON UN AÑO DE ANTELACION AL VENCIMIENTO DEL CONTRATO, COMO PIDE EL ARTICULO 10 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1981).

El arrendamiento se concertó en 1970, aunque en otro litigio anterior se declaró que existía desde 1965, pero aun así el arrendamiento acabaría en 1971, al concluir los seis años; pero en 1976 el arrendatario requirió al arrendador, anunciándole la prórroga del contrato, contestando el propietario que piensa cultivar directamente la tierra, por lo que, fallecido el arrendatario en 1977, se dirige la demanda contra sus herederos, solicitando el desahucio ante el Juzgado del Puerto de Santa María, que accedió a él por vencimiento de plazo, confirmándolo la Audiencia de Sevilla.

No triunfa el recurso de revisión. El único motivo se basa en el error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que se funda en el escrito de demanda, que carece del carácter de documento auténtico, pero además lo que deriva de tal documento no es lo que pretende el recurrente, sino que en 15 de septiembre de 1971 el fallecido arrendatario se negó a concertar un nuevo contrato y, no obstante, prolongó su posesión de la finca arrendada. En la sentencia recurrida se da por probado que el contrato se convino en 1970 por seis años, por lo que, formulado el requerimiento de prórroga en 15 de julio de 1976, es evidente que no medió hasta la conclusión del plazo legal en noviembre del mismo año el plazo de un año, anterior a la extinción del contrato, que exige el artículo 10 del Reglamento, por lo que no procede la prórroga solicitada.

RETRACTO: NO PROCEDE PORQUE EL ACTOR NO ES APARCERO, SINO PRECARISTA (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1981).

El actor dice que lleva la finca en aparcería durante nueve años y que, dividida ésta entre los dos hermanos propietarios, siguió como aparcero de los dos trozos de tierra con independencia. Uno de ellos vendió su finca,

presentándose demanda de retracto contra el comprador ante el Juzgado de Elche, e igualmente respecto al otro trozo, que también se había vendido, sin que se comunicase al aparcero ninguna de las ventas. Uno de los demandados se opuso, alegando que el actor no es aparcero, sino precarista, y, aunque fuese arrendatario, tampoco se le aplicaría la legislación arrendaticia, ya que era hermano de la anterior propietaria de las fincas, interponiéndose además la demanda fuera de plazo. El Juzgado desestimó la demanda, confirmando la Audiencia de Valencia.

No ha lugar a la revisión pretendida. El recurrente citó como fundamento del error de hecho documentos que aluden a hechos y personas que no intervienen en la litis presente y, por tanto, carecen de existencia física en los autos. Tampoco se impugna debidamente que el recurrente es aparcero de la vendedora del inmueble, sino aparcero del arrendatario del mismo, quedando al cesar el arriendo como precarista, por lo que no procede el retracto, ya que el actor carece de la cualidad de arrendatario, imprescindible para ejercer esta acción.

DESAHUCIO: NO SE ALEGO EL CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL, POR LO QUE NO SON APLICABLES LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1979 (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1981).

En 1972 se dieron en arrendamiento las fincas al demandado que en 1978 pretendió la prórroga del contrato por seis años, pero los propietarios interpusieron demanda de desahucio ante el Juzgado de Carrión de los Condes, que la rechazó, pero la Audiencia de Valladolid la revocó, admitiendo el desahucio.

No triunfa el recurso de revisión. Antes de este litigio hubo otro motivado por un contrato de 1966, contrato que fue novado en 1972, ampliándose por otros seis años más, reduciendo el número de fincas y el precio de la locación, según sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1978, recaída en el recurso de revisión que entonces se interpuso. Al comunicar el 31 de marzo de 1978 el deseo de prórroga se opusieron los propietarios por entender que dicho anuncio era extemporáneo, pues debió hacerse con un año de antelación, es decir, en 1977. Se estimó aplicable el Real Decreto de 30 de junio de 1978, así como el de 16 de junio de 1979, con su prórroga automática hasta la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos o, en todo caso, por un año; pero la sentencia recurrida revocó la anterior, ya que el cultivo directo y personal al que se referían aquellas disposiciones no fue siquiera aducido en primera instancia, y lo único que se alegó entonces fue la prórroga del artículo 10 del Reglamento, cuando había transcurrido el plazo determinado, lo que no puede desvirtuarse, porque en esa fecha estuviese tramitándose el pleito precedente, que terminó ante el Tribunal Supremo el 1 de febrero de 1978. Lo relativo al cultivo directo no puede aplicarlo el Juzgador de oficio conforme al *iura novit curia*, ya que la cuestión es de hecho y no jurídica. El Real Decreto de 1978 y el de 1979 se refieren a la prórroga de los contratos de los cultivadores directos y personales y no a toda clase de arrendamientos, sin que se pruebe aquel carácter, como hemos visto. Tampoco se puede admitir que la notificación de la prórroga no se pudiera hacer hasta que recayera sen-

tencia en el pleito anterior, ya que la tramitación judicial no suspende los efectos de las obligaciones de las partes ni veda el ejercicio del derecho de éstos, por lo que la solicitud extemporánea de la prórroga sólo puede atribuirse a defecto u olvido del mismo arrendatario, lo cual conduce a resolución del contrato por expiración del término de acuerdo con el número 1 del artículo 28 del Reglamento.

DESAHUCIO: SE TRATA DE UN SOLO CONTRATO Y NO DE VARIOS, POR LO QUE EL VENCIMIENTO DE PLAZO ES COMUN PARA TODAS LAS PARCELAS ARRENDADAS. NO SE EXCLUYERON TAMPOCO LAS PARCELAS DEDICADAS A VIÑA (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1980).

Se concertó una aparcería en 1972 de 31 fincas, que, pasado un año, se convirtió en arrendamiento. Finalizada la prórroga, los propietarios requirieron a la viuda e hijos del arrendatario para que dejaran las fincas, notificando éstos su deseo de continuar como arrendatarios. Ante el Juzgado de Valdepeñas se interpone demanda de desahucio, admitida por éste, y la Audiencia de Albacete confirmó la sentencia anterior.

No prospera el recurso de revisión. El recurrente funda todos los motivos en la causa tercera del número 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, sin fundamentar ninguno en la causa cuarta, lo que implica la intangibilidad de los hechos que han servido de base a la instancia. Los recurrentes dicen que se trata de un contrato complejo por haberse incorporado sucesivas parcelas al terreno originariamente arrendado y es inadecuado el procedimiento por seguirse el trámite de los desahucios y no el del juicio declarativo correspondiente, complejidad que no se deduce de la sentencia recurrida. Aunque no se hable de extinción de arrendamiento la sentencia que decreta el desahucio implica dicha extinción, ya que si no no procedería el lanzamiento de la finca que aquél significa. Tampoco puede prosperar el motivo referente a que el contrato se ha ido integrando por diversas parcelas que se van añadiendo a las primeramente arrendadas, por lo que no ha vencido el plazo respecto a algunas, ya que la sentencia recurrida expresa que lo arrendado incluía porciones cultivadas y otras no, sin que pueda entenderse que las partes cultivadas forman parte de contratos de arrendamiento posteriores. Es hecho probado que las fincas arrendadas estuvieron perfectamente identificadas y las partes no se propusieron contratar sobre otras distintas. El último motivo que pretende que las viñas han de durar lo que las cepas plantadas no puede admitirse, ya que el terreno dedicado a viñas es una pequeña parte del total arrendado, inferior a la cuarta parte, y no se probó que las parcelas plantadas de vides se excluyeran del contrato, sin que esta conclusión haya sido impugnada por el cauce adecuado.

**RETRACTO ARRENDATICIO: PROCEDE ESTE RETRACTO, NO HABIEN-
DOSE PROBADO LA FALTA DE PERSONALIDAD DEL DEMANDADO
NI QUE EL PRECIO SEA DISTINTO AL PLASMADO EN LA ESCRI-
TURA DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1980).**

El arrendatario que se ha enterado de la venta de la finca que cultiva interpone demanda ante el Juzgado de La Bisbal, pidiendo el retracto. El demandado alega que la compraventa se había resuelto por escritura y que el actor no era arrendatario, sino que ocupaba la finca por mera liberalidad del propietario. El Juez admite la demanda, resolución que confirma la Audiencia de Barcelona.

No triunfa el recurso de revisión. No pueden servir de base a este recurso las normas de carácter procesal contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según ha declarado la jurisprudencia, y tal carácter de norma procesal conviene a la excepción dilatoria del número 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a que el demandado no tenga el carácter o representación con que se le demanda, no pudiéndose confundir con la falta de derecho o acción que por dar vida a una excepción perentoria constituye el fondo del pleito. El que la sentencia condene al otorgamiento de la escritura es natural, por ser el instrumento adecuado para que el retrayente se subrogue en las condiciones estipuladas en el contrato de transmisión mediante los reembolsos del artículo 1.518 del Código Civil, conforme al artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. Los documentos aportados —certificaciones bancarias— no prueban la realidad del precio de 2.500.000 pesetas que a la finca atribuye el recurrente, ya que no contradicen lo afirmado por la Sala y no constituyen un hecho irrefutable, absolutamente contrario a dichas afirmaciones.

**DESAHUCIO: LA ACTIVIDAD DOLOSA DEL COLONO SUPONE UNA DE
LAS CAUSAS DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO QUE SE DA
EN ESTE SUPUESTO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1980).**

En 1971 se formalizó contrato por seis años, pero aunque los arrendatarios han notificado al actor el propósito de continuar el arrendamiento por seis años, los demandados, sin consentimiento del propietario, han realizado obras en la finca, con desprecio de los derechos dominicales de la parte actora. El Juez de Villarcayo declaró el desahucio, y lo mismo hizo la Audiencia de Burgos, en apelación.

Igual suerte corre el recurso de revisión. Los actos de los arrendatarios son lesivos para los intereses de los arrendadores, consistiendo en la demolición de las instalaciones de distribución interior de un edificio perteneciente a las fincas arrendadas, la destrucción de los «poyos» o lindes entre dos parcelas, la tala de cerezos y la variación de un camino de servidumbre, arrogándose facultades dominicales e incurriendo en un proceder desleal y antijurídico que integra un supuesto subsumible en las causas resolutorias del contrato. El dolo o culpa del arrendatario equivalen a la concurrencia de una actividad del colono reñida con la diligencia media exigible al cultivador y determinante de agravio económico para el propietario, bien

porque tuviera intención de causarlo, bien porque las actividades desarrolladas lo han sido sin desear el resultado dañoso y la causación antijurídica de un daño llevan ínsita la presunción de culpabilidad, sólo destruible por la prueba por el demandado de la irreprochabilidad de su conducta, que difícilmente se compagina con la trascendencia de los actos de los colonos.

DESAHUCIO: NO PROCEDE PORQUE LE ES APLICABLE LA PRORROGA PREVISTA EN LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DEL REAL DECRETO DE 30 DE JUNIO DE 1978 Y EN EL ARTICULO UNICO DEL DE 16 DE JUNIO DE 1979, NO IMPORTANDO QUE EL APROVECHAMIENTO SEA EL GANADERO (SENTENCIA DE 26 DE ENERO 1981).

El arrendatario venía disfrutando de la finca desde hacía más de veinte años, siendo su único aprovechamiento el ganadero, pero se demanda el desahucio ante el Juzgado número 1 de Cáceres por expiración del término. Este desestimó la demanda, con base en que se hacía uso de todos los aprovechamientos de la finca, y no sólo los ganaderos, llevando cuarenta años como arrendatario, que cultivaba directa y personalmente, estando vigente el contrato en el momento de interponer la demanda. La Audiencia confirma esta sentencia.

El recurso de revisión no triunfa. Estando vigente el contrato en 1 de octubre de 1978, se declara por la sentencia la prórroga prevista en la disposición transitoria primera del Real Decreto de 30 de junio de 1978 y en el artículo único del de 16 de junio de 1979, que prorrogaron, respectivamente, por un año cada uno, los contratos que afecten a cultivadores directos y personales, a medida que expirara el plazo de los mismos, no siendo incompatible el aprovechamiento ganadero con la explotación personal y directa por parte del arrendatario, ya que de lo que se trata es de conferir el tratamiento especial que la prórroga supone a todas las explotaciones de fincas en que el arrendatario desenvuelva una actividad personal que sea la causa principal de la producción, trayendo tal interpretación del nuevo proyecto de Ley de Arrendamientos y del apartado 5 del artículo 10 del Reglamento de 1959, que entiende por explotación directa aquella en que se asumen los riesgos totales de la empresa agrícola, sin distinguir las diversas clases de aprovechamientos, deduciéndose lo mismo del criterio de este Tribunal, que se muestra en la sentencia de 14 de marzo de 1978. Por tanto, al acreditarse que existe una explotación directa y personal de la finca por el arrendatario, obliga a concluir que tal contrato vigente hasta 1 de octubre de 1979 le es aplicable la prórroga obligatoria que se contiene en aquellos Reales Decretos, acomodándose así a la interpretación finalista recomendada por el artículo 3.º del Código de tales Reales Decretos que esta Sala ha acogido en sentencia de 13 de junio de 1980, ya que con estas disposiciones se trata de resolver el problema social que se plantearía en tiempos de crisis económica con el despido de arrendatarios que cultivan personalmente las tierras arrendadas.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE ADMITE EL RECURSO POR NO HABER CONSIGNADO EL RECURRENTE LAS RENTAS VENCIDAS (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1981).

Vencido el plazo de un arrendamiento de aprovechamiento ganadero, sin derecho a prórroga, no abandona la finca el arrendatario, por lo que el propietario solicita el desahucio ante el Juzgado de Ciudad Rodrigo, que dio lugar al mismo. La Audiencia declara la nulidad de lo actuado desde la providencia que admitió la apelación y declara la firmeza de la sentencia de primera instancia.

No prospera el recurso de revisión. El arrendatario no había satisfecho las rentas cuando interpuso el recurso de apelación, incumpliendo así el artículo 54 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en relación con los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que han de satisfacerse las rentas que se devenguen durante la sustanciación del pleito, antecedentes que imponen no sólo la inadmisión del recurso de apelación, sino también tener por desierto el recurso de revisión, facultad que compete a los Tribunales en todos los juicios de arrendamientos rústicos, excepto los de retractos, y que pueden ejercitar de oficio como normas de orden público, de inexcusable observancia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO OBSTA A LA DURACION DEL CONTRATO QUE SE FIJE PARA EL PAGO DE LA RENTA UNA FECHA DISTINTA A LA DE VENCIMIENTO DEL AÑO DE VIGENCIA DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1981).

Se arriendan varias fincas rústicas con una casa, pajar y bodega que se consideran inherentes al lote de fincas. El arrendatario se obligaba también a dejar de barbecho el tercio en cantidad y calidad, y se pactó que las partes se requerirían con la acostumbrada anticipación al finalizar el arriendo y, de no hacerlo, se entendería prorrogado por seis años, pero en las condiciones que determine la propiedad. Como esta cláusula no libera al arrendatario de pedir la prórroga con un año de anticipación, habiéndose cumplido en abril de 1978 los doce años y habiendo fracasado las gestiones amistosas, se presenta demanda de desahucio ante el Juzgado número 1 de Burgos, que después, ante el ruego de los demandados, desistió de ella, llegando a una transacción que no cumplieron los demandados, por lo que se presenta nuevamente demanda en la que se pide alternativamente que se cumpla el contrato transaccional entre las partes o se declare terminado el contrato por cumplimiento de plazo contractual e incumplimiento de las cláusulas del contrato. El Juzgado número 3 de Burgos estimó íntegramente la demanda, declarando resuelto el contrato, lo que confirma la Audiencia.

El recurso de revisión no es admitido. La acción planteada es personal y el recurrente suscita un tema de hecho: la identificación de la finca que es de exclusiva competencia del Juzgador de instancia, sólo impugnabile por la causa cuarta y no por la tercera del número 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. El período de vigencia del arrenda-

miento comenzó en 1966, por seis años, y luego se amplió por otros seis, en virtud de la cláusula referida, por lo que el contrato debía durar doce años, y en el momento de interponer la demanda había concluido el arrendamiento y era procedente la causa de desahucio primera del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos. No hay contradicción entre la cláusula que fija la duración del arriendo a partir de 1966 y la que establece el cómputo de la merced arrendaticia desde septiembre de 1967, dada la claridad existente respecto a la vigencia del contrato, no obstaculizada por el hecho de que el pago de la renta se fije en fecha distinta a la en que termine cada año del contrato, además de ser cuestión nueva planteada por vez primera en el recurso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA DURACION DEL ARRENDAMIENTO DE PASTOS Y RASTROJOS PUEDE SER FIJADA LIBREMENTE POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1981).

En el contrato de arrendamiento para pastos por diez años la cláusula quinta decía que si los propietarios vendían la finca se daría por finalizado el contrato el día 29 de septiembre del año en que se vendiese la finca, renunciando el colono a sus derechos como arrendatario. Vendida la finca, se notificó al demandado, que alegó que la cláusula citada era nula de pleno derecho y no tenía valor ni efecto legal alguno. Se interpone demanda ante el Juzgado número 2 de Ciudad Real, pidiendo que se declare extinguido el contrato por acuerdo de las partes con fecha 29 de septiembre siguiente a la compraventa. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia Territorial de Albacete revocó esta resolución.

Tiene éxito el recurso de revisión. El único tema jurídico que todo ello plantea es el de la naturaleza del objeto dado en arrendamiento, pues del mismo depende la aplicabilidad de los números 1 ó 3 del apartado b) del artículo 9.º del Reglamento, a cuya virtud la duración de estos arrendamientos será fijada libremente por las partes. En la sentencia recurrida se dice que la cuestión es si debe finalizar o subsistir el vínculo arrendaticio, sin tener en cuenta que era preciso resolver previamente la naturaleza de lo arrendado, no obstante lo cual revoca lo decidido por el Juez de instancia, sin desvirtuar el fundamento de su decisión, que se presenta como ajustada a derecho, lo cual sirve de base al recurso, en cuyo primer motivo se denuncia la inaplicación del párrafo primero del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo que debe ser estimado, porque la sentencia impugnada no resuelve el punto central y decisivo aducido por las partes del que depende la aplicación de unos u otros preceptos legales, lo que sin examinar los restantes motivos conduce a la estimación del recurso en su totalidad, procediendo a la confirmación de la sentencia de primera instancia, revocando la recurrida.

APARCERIA: CUALQUIERA DE LOS COMUNEROS PUEDE COMPARECER EN JUICIO PARA DEFENDER LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD. PROBADO EL FRAUDE Y DESLEALTAD DEL APARCERO, PROCEDE LA EXTINCIÓN DE LA APARCERIA (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1981).

El propietario notificó al aparcero su propósito de resolver la aparcería, pero éste desea seguir como arrendatario en las fincas, en la proporción correspondiente a una mitad de ellas, por lo que interpone demanda ante el Juzgado de Aranda de Duero, solicitando la liquidación de cuentas por el propietario, el abono de los daños causados y la continuación como arrendatario. El propietario negó todo lo expuesto por el aparcero y formuló reconvencción, pidiendo el desahucio por haber durado la aparcería el plazo máximo marcado por la ley, sin que quepa, por tanto, la conversión en arrendamiento, y, además, por fraude y deslealtad del aparcero. El Juzgado estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción, declarando que procede el desahucio del aparcero, sin que tenga derecho a la conversión en arrendamiento, pero procede la liquidación de cuentas, debiendo indemnizar los propietarios al aparcero y debiendo, por su parte, el aparcero reintegrar a los demandados las máquinas y utensilios reclamados por éstos. La Audiencia de Burgos confirmó aquella sentencia, salvo en cuanto a las fincas comprendidas, de las que excluyó las cuatro primeras enumeradas.

No prospera el recurso de revisión. La falta de legitimación del copropietario compareciente es un vicio formal que no puede servir de base al recurso de revisión, como ha declarado reiterada jurisprudencia. Por otra parte, no se puede considerar la falta de personalidad del demandado, que lo fue en su propio nombre y en el de sus hermanos, actuando siempre por sí y en nombre de aquéllos. Además, según reiterada jurisprudencia, cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que benefician a la comunidad, teniendo en cuenta que todos los comuneros pueden realizar actos de administración y, por tanto, desahuciar arrendatarios. Tampoco puede servir la insuficiencia de poder, ya que al no comparecer los hermanos no tienen por qué otorgar poder a procuradores, pues éste ha de ser otorgado por quien se persone y sea parte en aquél, como ha hecho el ahora recurrido. En cuanto a las fincas sembradas de alfalfa, la sentencia recurrida declara que éstas no se incluyen en la aparcería ni desde el inicio del contrato ni a partir de las campañas agrícolas 1970-71 y subsiguientes, y lo que pretende el recurrente es llegar a otra interpretación de los documentos aportados, sustituyendo la del Juez por la suya particular. Demostrado el incumplimiento del aparcero de forma clara y flagrante, de sus obligaciones de rendir cuentas y entregar la parte correspondiente de productos al propietario, llegando a verificar ocultación de éstos, por lo que los hechos básicos constitutivos de la deslealtad y el fraude existentes en el aparcero quedan incólumes y ha de estimarse correctamente interpretado el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dados los acertados razonamientos de la sentencia de primera instancia, reproducida por la Audiencia. En consecuencia, no hace falta examinar si procede la extinción de la aparcería por cumplimiento del plazo, dado que se ha resuelto por fraude y deslealtad del aparcero.

DESAHUCIO DE APARCERIA: PROCEDE EL DESAHUCIO POR FRAUDE Y DESLEALTAD DEL APARCERO (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1981).

En 1974 se cedió en aparcería-masovería una finca por uno de los condueños en su propio nombre y en el de su hermano, por el que se concede la explotación pecuaria de una finca para ganado vacuno y para otros ganados con diversas modalidades, repartiéndose los beneficios por mitad entre propietario y aparceros. Aunque en el contrato no se hable de «masovería», ésta es la calificación que merece el contrato, a tenor del artículo 43 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. El contrato se hizo por un año, prorrogable por otro si ninguna de las partes avisa con seis meses de antelación al otro. En 1977 se notifica por conducto notarial la intención de los propietarios de que el 1 de mayo de 1978 dejen la finca los aparceros, levantándose actas notariales acreditativas del abandono y del mal uso que han hecho de las fincas aquéllos, probándose también el fraude en materia de pagos debidos por el aparcero. El juicio de desahucio ante el Juzgado de Granollers tiene éxito, así como ante la Audiencia de Barcelona.

El Tribunal Supremo confirma las anteriores sentencias en revisión. Aparte de no fundar debidamente tal recurso por las infracciones de formalidades procesales que tienen su encaje en la causa segunda del apartado cuarto del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, lo que impone la desestimación del primer motivo, y, por otra parte, contra la denegación de la prueba de confesión judicial no se formula reclamación ni en primera ni en segunda instancia, tendente a subsanar la supuesta falta. En cuanto al pretendido incumplimiento por el actor de sus obligaciones contractuales, el Juzgado se pronuncia en el sentido de que el referido actor venía dando cumplimiento a las prestaciones pecuniarias y no se probó no hiciera lo propio con las demás convenidas, siendo obvio que al no haber sido atacadas tales afirmaciones fácticas por la vía de la causa cuarta del apartado cuarto del artículo 52 el motivo no puede prosperar por carecer del debido apoyo.

C. R. R.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RETRACTO: NO PROCEDE EL RETRACTO CUANDO VARIOS ARRENDATARIOS PRETENDEN EL DE UN CONJUNTO INMOBILIARIO QUE SE HA VENDIDO COMO UNA UNIDAD (SENTENCIA DE 5 DE ENERO 1981).

Vendido un local, arrendado a muchos arrendatarios, a una sociedad, diciéndose en la escritura que se transmite como «conjunto inmobiliario», es decir, como una sola finca, cuando ellos creen que se trata en realidad de 79 fincas arrendadas a otros tantos inquilinos, alegando además que la vendedora es la principal accionista de la sociedad compradora. El Juzgado número 4 de Barcelona aceptó el retracto, pero la Audiencia revocó la anterior sentencia.

No prospera el recurso de casación por infracción de ley. El retracto requiere como supuesto básico que el objeto de la transmisión sea un local o espacio independiente dotado de sustantividad o de una finca en la que haya un solo arrendatario, pero no cabe su ampliación a supuestos distintos de los previstos por el ordenamiento positivo, según la sentencia de 27 de junio de 1969, y, por ello, la hipótesis de agrupación a que se refiere el artículo 47 de la Ley, encaminada a combatir el fraude de la ley, previniendo confabulaciones impeditivas del retracto, mediante la arbitraria suma o acumulación de locales arrendados, pretende atajar una actitud dolosa del arrendador tendente a burlar esa preferencia adquisitiva, proceder reprochable que según la jurisprudencia no es permitido apreciar cuando la enajenación abarca la totalidad de una finca que constituye una unidad patrimonial, aunque ocupado por varios arrendatarios, ya que sería absurdo e inadmisibles entender que los pisos o locales han sido agrupados a los solos fines del contrato, por lo que si se trata de la venta de un edificio completo integrante de una unidad jurídica inscrita como finca única en el Registro, se excluye el retracto de no darse las notas definidoras de la situación contemplada en el párrafo segundo del artículo 47. La Sala sentenciadora dice que la finca constituye una unidad a pesar de hallarse compuesta por varios cuerpos o naves, estando la finca inscrita en un solo folio en el Registro a efectos de lo dispuesto en el artículo 8.º y en el 243 de la Ley Hipotecaria y en el 44 del Reglamento Hipotecario, y si bien caben discrepancias entre el Registro y la realidad extrarregistral, en este caso todos los datos conducen a pensar que la entidad registral única guarda acomodación a la verdad extratabular, como lo demuestra el informe del arquitecto, que indica que el conjunto constituye una sola finca por su construcción, por su aspecto y destino, lo que corrobora una comunicación del Ayuntamiento, que dice haber sido concedida una licencia de edificación para un conjunto unitario urbanísticamente indivisible. El contrato de 1972 contiene estipulaciones alusivas al compromiso de edificar y a la entrega de una cantidad con la significación de arras del futuro arrendamiento, pero no destruye la realidad de que el edificio es un complejo inmobiliario unitario. La finalidad social de los derechos de tanteo y retracto y su interpretación extensiva no admite ni podría hacerlo la viabilidad de esa preferencia adquisitiva cuando el local ocupado por el arrendatario no constituye una finca independiente, sino que es parte de un conjunto unitario.

RETRACTO: HA CADUCADO LA ACCION POR SU NO EJERCICIO EN EL PLAZO DE SESENTA DIAS SIN QUE PUEDA PROSPERAR LA TESIS DEL RECURRENTE DE QUE LA ACCION NO PRESCRIBE HASTA LOS QUINCE AÑOS POR SU CARACTER PERSONAL (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1981).

En 1943 se arrendaron unos locales para una industria de alquiler de toldos, subrogándose su esposa al fallecimiento del arrendatario. En 1978 se comunicó el expediente de derribo de la finca y por él tuvieron conocimiento los herederos de la arrendataria de la venta de la finca, ya que no se les había comunicado, por lo que ejercitan el retracto ante el Juzgado número 3 de Salamanca, contestando la entidad adquirente que los here-

deros de la arrendataria no tenían derecho a subrogarse en el arrendamiento y, por tanto, no tenían derecho de tanteo. El Juzgado desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

El recurso de casación por infracción de ley no tiene éxito. El motivo distingue entre prescripción y caducidad, alegando que la caducidad se refiere al derecho de retracto y no a la acción dimanante del mismo, y los actores ejercieron legalmente aquél mediante un acta en la que manifestaron fehacientemente dentro de los sesenta días su voluntad de retraer, sin que pueda hablarse de caducidad después, ya que el derecho queda perfeccionado y nace la acción correspondiente que ningún precepto somete a caducidad, sino a las normas generales de la prescripción extintiva, es decir, al plazo de quince años. Esta es una cuestión nueva no alegada en instancia, pero su rechazo se impondría porque mediante el ejercicio de la acción lo que el demandante pretende es obtener el reconocimiento de un derecho que le otorga la ley, siendo considerada la acción como el derecho mismo en actuación. A la vista de todo ello, carece de toda consistencia el razonamiento del recurrente al distinguir entre el reconocimiento del derecho, que es para lo que le vincula la caducidad del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y el del ejercicio de la acción para obtener la declaración de tal derecho, pues ello conduciría a que, verificada la exteriorización de su deseo de retraer, su acción para hacerla efectiva quedará viva mientras no transcurra el término prescriptivo de quince años de las acciones personales. Toda la jurisprudencia ha proclamado que la acción caduca si no se ejercita en sesenta días, y como el conocimiento de la transmisión fue conocido por el demandante desde 25 de enero de 1978, sin que los actores promovieran el acto conciliatorio hasta 22 de junio, por lo que la sentencia, al estimar la caducidad de la acción retratual ejercitada, interpretó correctamente tanto el artículo 48 de la Ley como la constante doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sin que el recurrente haya citado una sola resolución que pueda abonar la tesis del recurso.

NULIDAD DE CONTRATO: *ES NULA LA CLAUSULA QUE VA CONTRA EL DERECHO DE PRORROGA FORZOSA, YA QUE ESTE ES DE DERECHO NECESARIO Y NO PUEDE SER MODIFICADO POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES* (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1981).

Se demandó al Organismo Autónomo de Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales ante el Juzgado número 4 de Valencia sobre nulidad de arrendamiento. El contrato se formalizó en 1955, aunque la finca ya estaba ocupada anteriormente por la Organización Sindical. En dicho contrato había una cláusula por la que el arrendamiento debía terminar a los tres meses desde la inauguración de la «Ciudad del Aprendiz» para desalojar los locales, y se cumplió en 18 de junio de 1962, a pesar de lo cual continuó la Organización Sindical ocupando los locales indebidamente. El Juzgado absolvió de la demanda a la Administración Institucional referida, declarando nula la estipulación indicada del contrato de 1955, relativa a la condición resolutoria del contrato. La Audiencia de Valencia estimó en parte la demanda y el recurso de apelación, declarando válida la condición resolutoria, por lo que al haber construido la Organización Sin-

dical la llamada «Ciudad del Aprendiz» y haber transcurrido más de tres meses desde su inauguración, queda resuelto el contrato de 1955, debiendo dejar el local libre y a disposición del actor.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado tiene éxito, acogiendo el motivo cuarto del recurso, en que se denuncia la infracción por violación del número 3 del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de igual número del artículo 6.º del Código Civil, ya que la Sala desconoce el carácter de derecho necesario de la normativa sobre prórroga forzosa de los arrendamientos, mediante estimar la licitud de la cláusula octava del contrato de 1955. El beneficio de la prórroga obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario, acogida por el artículo 57, en combinación con el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos aparece como de derecho necesario y no puede ser modificada por la voluntad de las partes, siendo irrenunciable en los términos del artículo 6.º de dicha Ley, y ello desde la Ley de Bases de 1946, que lo concibió como punto crucial del sistema, siendo más esencial todavía que otras singularidades de la locación urbana, como la limitación de rentas, manteniéndose hasta el ordenamiento vigente de modo que a la relación arrendaticia no ha de ponerse fin contra la voluntad del arrendatario, como no sea por las causas enumeradas en el artículo 114, a los cuales hay que limitarse, fuera del supuesto de que el contrato deje de ser una locación urbana y se transmute en contrato de otra naturaleza. La jurisprudencia ha declarado nula cualquier cláusula que establezca una limitación a la prórroga legal, condicionándola por la voluntad de las partes y contradiciendo con ello el ordenamiento legal. La Sala estimó válida la cláusula de condición resolutoria y, por tanto, en junio de 1962, al inaugurarse la Institución Sindical de Oficios Industriales, quedó cumplida la condición resolutoria, produciéndose la resolución del contrato; pero esta cláusula debió ajustarse para su licitud a las rígidas normas sobre prórroga forzosa, so pena de incidir en vicio de nulidad correlativa a la infracción de las mismas, debiendo entenderse que, no obstante la misma, expirado el plazo de duración estipulado en la primera, entra en juego el beneficio de la prórroga forzosa para el arrendador, conforme al artículo 57, todo por contener dicha cláusula una renuncia nula al indicado derecho, coetánea de la conclusión o perfeccionamiento del contrato de arrendamiento, que cae de lleno dentro de la prohibición legal.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS PUEDE EJERCITAR LA FACULTAD DE RESOLVER EL ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL DESTINADO A UNA ACTIVIDAD MOLESTA O INCOMODA, AUNQUE NO EJERCITASE PREVIAMENTE EL APERCIBIMIENTO AL PROPIETARIO O AL INQUILINO (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1981).

Arrendado un local por su propietario para un negocio de rótulos luminosos, para lo que es precisa la manipulación de plástico, material altamente inflamable, la Comunidad de Propietarios, enterada del carácter de industria peligrosa, que debe instalarse a dos mil metros del núcleo de población, decidió requerir al propietario para que resolviese el contrato,

sin que aquél ejercitara la acción correspondiente, por lo que presentó demanda ante el Juzgado número 1 de León, solicitando la resolución del arrendamiento. El demandado alegó que el contrato no era de arrendamiento, sino de opción de compra, aduciendo además la falta de peligrosidad de la actividad ejercida en el local. El Juzgado desestimó la demanda por falta de legitimación pasiva del demandado, sin entrar en el fondo del asunto, pero la Audiencia revocó la anterior y decretó el desahucio.

No triunfa el recurso de casación por infracción de ley. La sentencia recurrida demuestra que la indicada Comunidad de Propietarios cumplió el requisito del segundo párrafo del artículo 19 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para la obtención judicial de la pretensión, cual es no haberlo ejercitado el propietario en el plazo de quince días después del requerimiento practicado al efecto. La relación jurídica entre el demandado y el propietario es la de arrendamiento. La actividad desarrollada en el local, además de molesta e incómoda, puede ser peligrosa. La Junta de Propietarios podía ejercer la facultad que le concede la Ley de Propiedad Horizontal de apercibir al titular, o en su caso al ocupante del local, para que, desatendido este apercibimiento, pueda obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquel y a quienes con él convivan, pero sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título dado que su condición de titular dominical no posibilita el desproveerlo de su dominio, pero de no poner en ejecución la facultad citada siempre tenía vivo el ejercicio contra él de la correspondiente acción para obtener del Juez, mediante la vía judicial el lanzamiento o la resolución del contrato en su caso, previo el transcurso del plazo prudencial que al titular le hubiere sido señalado por la expresada Junta de Propietarios, cual ha sucedido aquí, lo cual no es sino una subrogación de acciones que no precisa de tal apercibimiento previo al precitado arrendatario. Por otra parte, el contrato de 1976 contiene la cesión del uso del local por tiempo determinado y precio cierto, por lo que se dan los requisitos del arrendamiento que previene el artículo 1.543 del Código Civil, sin que obste el que se le una una reconocida opción de compra por dos años, que no consta ejercitada, sin que de la interpretación del contrato se deduzca sino la coexistencia de ambos contratos durante ese plazo. Los informes técnicos aportados señalan que la industria no deja de tener un carácter peligroso para los ocupantes del inmueble, sin que dichos informes dejen de tener el carácter de documento auténtico a efectos de casación, conforme dice esta Sala desde el momento que sus afirmaciones vienen sometidas a la libre apreciación del juzgador conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: NO EXISTE TRASPASO EN LA CESION DE INDUSTRIA O NEGOCIO POR PRECIO, YA QUE AQUEL SE REFIERE SEGUN LA L. A. U. AL DE LOCAL DE NEGOCIO SOLAMENTE, INCLUSO AUNQUE SE CEDA ESTE AL MISMO TIEMPO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1981).

Se solicita ante el Juzgado número 4 de Zaragoza el desahucio de una industria de horno de pan con almacén y despacho, habiendo desaparecido el primitivo arrendatario, aunque siga vendiéndose pan en el local. Alegaron

los demandados que eran propietarios del negocio y arrendatarios del local, por lo que se oponían al pretendido desahucio. El Juzgado admitió la excepción de los demandados y rechazó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

El Tribunal Supremo admite el recurso de casación. En el contrato de 1969 se estableció y pactó que la recurrente, propietaria de un negocio de panadería cedió en calidad de traspaso el negocio a los recurridos, mediante el abono de doscientas mil pesetas en cuatro plazos, así como la suma de tres mil pesetas mensuales en concepto de arriendo de las instalaciones correspondientes a la fábrica de pan, despacho de venta, almacenes y piso. La Audiencia califica el contrato de arrendamiento de industria a diferencia del Juez, que consideró que era de local, pero rechazó la demanda por estimar abusivo el ejercicio del derecho (art. 7 del Código Civil) abuso configurado por la circunstancia de haberse hecho entrega por los demandados de la suma de doscientas mil pesetas, que considera prima única del arrendamiento, cuestión esta que no había aflorado al proceso ni las partes habían aducido nunca. Ante esto la propietaria ejercitó el recurso de casación, con base en la incongruencia de la sentencia, con las pretensiones de los litigantes, con violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia, que dice que no debe otorgar el juez más de lo que piden las partes. La sentencia recurrida incurre en el defecto alegado por la recurrente y así debe estimarse, ya que las partes no piden la ineficacia de la acción por abuso de derecho, ya que la demandante pretende sólo la acción resolutoria del que llama arrendamiento de industria frente a los demandados, que consideran que es un arrendamiento de local sujeto a prórroga forzosa, por lo que al introducir la sentencia un dato de hecho extraño al proceso es clara la incongruencia denunciada y la necesidad de estimar los dos motivos estudiados en cuanto se falla sobre extremo no pedido con la indefensión de la parte. No puede admitirse la posibilidad de justificar la incongruencia como aplicación del deber judicial de vigilancia y sanción de los actos contrarios a la ley mediante la declaración de nulidad, doctrina que debe estimarse con prudencia para evitar la proliferación de nulidades excesivas en materias que entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad y la jurisprudencia declara la posibilidad de declarar de oficio la nulidad para evitar que los fallos de los Tribunales por el silencio de las partes puedan amparar hechos torpes o constitutivos de delito, también es cierto que sólo es posible ante actos nulos de pleno derecho, pero no ante negocios no afectos de vicio o no infractores de un precepto claro y terminante y menos respecto de actos o negocios cuya apariencia correcta merece el debido respeto, mientras no se impugnen en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa, en atención a las posibles consecuencias de la acción. El abuso del derecho no pertenece al ámbito de los actos contrarios a las normas sino al del ejercicio de los derechos en armonía con sus límites y el principio de la buena fe es materia dispositiva que ha de actuarse como acción o excepción y como remedio al perjuicio que se causa en materia no regulada por otras normas destinadas a la solución de conflictos y colisión de derechos, por lo que debe ser actuada por las partes y manifestarse de modo claro y patente según el principio de contradicción.

En la segunda sentencia de la misma fecha se dice que no constituye traspaso el que suscriben el dueño de la industria y del local y un extraño

a quien se cede el negocio, adquiriendo éste al propio tiempo el carácter de arrendatario del local, supuesto que es el de autos, donde la voz «traspaso» no puede tener otro sentido que el de cesión por precio o venta y no el técnico de la ley especial solo aplicable a la cesión hecha por el arrendatario sin que pueda atribuirse el sentido de prima o premio, cuando es el dueño el que cede sin contraprestación de renta o merced periódica de tiempo determinado, por lo que procede confirmar la sentencia de la primera instancia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: PROSPERA LA REVISION AL PROBARSE LA MAQUINACION FRAUDULENTE DE LOS ACTORES PARA EVITAR QUE LOS DEMANDADOS TUVIERAN CONOCIMIENTO DEL LITIGIO PARA RESOLVER EL CONTRATO (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1981).

En rebeldía de los demandados, herederos de la arrendataria primitiva, se declara resuelto el contrato de arrendamiento de un local de negocio por el Juzgado número 3 de Málaga. En consecuencia se interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Supremo por los demandados con base en que los herederos del arrendatario abonaban la renta de dicho local, habiendo cerrado el negocio por unas obras efectuadas en la calle donde estaba el local, de forma provisional, encontrándose con el desalojo del mismo sin haber tenido conocimiento del procedimiento hasta el día en que se realizó aquel, en ejecución de sentencia de primera instancia resolutoria del contrato.

Tiene éxito la revisión solicitada. No procede la alegación del Fiscal de haberse interpuesto la revisión fuera del plazo, ya que el recurrente tuvo conocimiento del litigio el 22 de mayo de 1979 en que se llevó a efecto el lanzamiento del local, por lo que, formalizado el recurso el 21 de agosto, lo fue dentro de los tres meses que señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso se funda en la maquinación fraudulenta de la causa cuarta del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del examen de los autos se deduce que los autores obtienen un certificado de defunción de la arrendataria, desglosando su Procurador dicho certificado al día siguiente del lanzamiento a petición de la parte. Los actores vinieron percibiendo a través de un administrador las rentas hasta mayo de 1979, siendo lógico que, aunque pueda pagar cualquiera, el que lo haga tenga interés en hacerlo. Era fácil saber la dirección de los demandados, ya que el nombre comercial de los mismos figuraba en el local arrendado y en la guía telefónica. Los actores no pusieron ninguna diligencia en averiguar el parentesco de este señor con la fallecida arrendataria, careciendo de justificación la ocultación de sus nombres y la solicitud de que como desconocidos fueran citados por edictos en el litigio sobre resolución del arrendamiento del local, interesando dicha forma de citación con la finalidad de que, al no enterarse del planteamiento de la demanda, se sustanciase el juicio en rebeldía, obteniendo una sentencia favorable sin que los demandados compareciesen a defender sus posibles derechos, actuación que constituye la maquinación fraudulenta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DESAHUCIO: NO PRUEBA EL RECURRENTE LA PRETENDIDA MAQUINACION FRAUDULENTE DEL ACTOR PARA QUE EL INQUILINO NO PUDIERA COMPARECER EN JUICIO AL HACER LA NOTIFICACION EN UN PISO DESOCUPADO, PROPIEDAD DEL RECURRIDO (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Se pide el desahucio de una vivienda por falta de pago ante el Juzgado Municipal número 10 de Madrid, que lo concedió, sin que hubiera comparecido el demandado. Este presentó escrito ante el Juzgado, solicitando la nulidad de las actuaciones y que se dejara sin efecto la sentencia dictada, cuyo incidente fue rechazado por el Juez. El demandado interpuso recurso extraordinario de revisión en el que se alegaba que el actor se había negado a dar recibo de las rentas enviadas por giro, por lo que un juicio de desahucio por falta de pago no prosperó ante el Juzgado Municipal ni ante el de Primera Instancia. Apenas transcurrido un mes se interpuso de nuevo otro juicio, sin que el recurrente tenga en su poder los justificantes del pago por hallarse incorporados aún a los autos del litigio anterior, sin que recibiera una segunda citación, sino la notificación de la sentencia declarando el desalojo, por lo que, existiendo fraude en la notificación hecha a un vecino que lo fue en un piso propiedad del mismo actor, se interpone este recurso extraordinario.

Se rechaza este recurso de revisión. La pretendida maquinación fraudulenta al hacer la citación en un piso desocupado de su propiedad no ha sido probada por el recurrente, apareciendo en autos que se hizo en el piso 4.º izquierda de la calle Doña Mencía, número 31, de la capital, no firmando la vecina, pero sí un testigo, de lo que certifica el Secretario, por lo que no acreditándose la maquinación fraudulenta del recurrido, se declara improcedente el recurso.

OBTENCION DE CIERTAS DECLARACIONES REFERIDAS A UN LOCAL DE NEGOCIO: SON NULAS LAS CLAUSULAS DE AUMENTO PROGRESIVO DE LA RENTA, SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA, PERO VALIDOS LOS AUMENTOS YA PAGADOS POR EL ARRENDATARIO CON ANTERIORIDAD A LA IMPUGNACION DE TAL CAUSA (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Ante el Juzgado número 1 de Albacete se presentó demanda sobre declaraciones referidas a local de negocio, alegando que en 1972 se realizó el contrato de arrendamiento de local de negocio con revalorización cada cuatro años con un incremento porcentual igual al que durante ese periodo sufriera el salario mínimo legal. Con treinta días de anticipación al vencimiento del primer plazo de cuatro años se notificó el aumento al arrendatario, con lo que se le privó a éste del plazo de treinta días que le concede el artículo 101 de la ley para contestar al arrendatario sobre la procedencia del aumento. El arrendatario, en acto de conciliación, rechazó la cantidad que quería cobrar el propietario considerando ilícito e ilegal el aumento pretendido. El demandante cree que es nula de pleno derecho la cláusula contractual sobre elevación de la renta igual a la del salario mínimo, ya que no preveía la reducción de la misma, según doctrina jurisprudencial,

debiendo devolver el arrendador la cantidad cobrada por consecuencia del incremento legal. El propietario alegó contradicción en la postura del actor, que, por una parte, admite el aumento, pagando lo exigido, y, por otra, solicita la nulidad de la cláusula contractual, por lo que nadie puede ir contra sus propios actos, pidiendo la desestimación de la demanda. El Juzgado rechazó la demanda, confirmándola la Audiencia Territorial.

Tiene éxito el recurso de casación por infracción de ley. La Ley de Arrendamientos vigente permite la autonomía de la voluntad en su artículo 97, pero dada la subsistencia de la norma imperativa sobre el beneficio de la prórroga para el arrendatario, según el artículo 57, el convenio sobre incremento de renta que quiebre la correspondencia entre prórroga y renta, constantemente aludida por la jurisprudencia, tiene la significación de un acto realizado en contravención fraudulenta de un precepto imperativo, nulo según el artículo 9 por ser el vehículo para eludir una regla de *ius cogens*, haciéndolo tan oneroso que se convierta en ilusorio el ejercicio del derecho de prórroga que al locatario concede el artículo 6.º Reiterada doctrina jurisprudencial dice que los pactos de elevación de rentas que contemplan un incremento progresivo y constante carecen de validez por conculcar la norma de derecho necesario sobre la prórroga y la prohibición de su renuncia, ya que estas cláusulas infringen el principio capital en derecho de obligaciones sancionado por el artículo 1.256 del Código Civil de que el cumplimiento y la eficacia del negocio bilateral no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, norma imperativa que provoca la nulidad de todo pacto que la contradiga por aplicación del artículo 6.º del Código. Los pagos hechos por el arrendatario responden a la efectividad de un acuerdo sobre incremento de su contraprestación, que se independiza ganando sustantividad de la cláusula por la que se pacta la elevación periódica e indefinida del precio del arrendamiento, cuando el monto obtenido se ajusta a la equidad y responde a la función del contrato conmutativo sin romper el juego de los intereses patrimoniales de las partes excluyendo toda nota de anormalidad o abuso, susceptible de impugnación con base en el artículo 9.º de la ley. La Sala sentenciadora admite la validez de estas cláusulas por ser insólita la hipótesis de que bajen los índices correctores y la ley se funda en la autonomía de la voluntad. Pero estos argumentos se oponen a la doctrina del Tribunal Supremo, declarando hasta la saciedad la nulidad de tales cláusulas por contravenir las normas imperativas ya vistas sobre prórroga del contrato. En la segunda sentencia de la misma fecha se declara válido el aumento ya pagado por el arrendatario y nula la cláusula de aumento progresivo y porcentual.

DESAHUCIO DE LOCAL DE NEGOCIO: PROCEDE LA REVISION, YA QUE EL PROPIETARIO CONOCIA LA ADJUDICACION DE LOS DERECHOS ARRENDATICIOS HECHA EN SUBASTA AL RECURRENTE (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1981).

En el Juzgado número 13 de Barcelona se presenta demanda de desahucio por falta de pago, de un local de negocio, que lo admitió, decretando el desalojo sin que comparezca el demandado. Ante el Juzgado de Distrito competente presentó otro señor un escrito alegando que él era el único arrendatario del local por haberle sido adjudicados los derechos arrenda-

ticios en subasta pública, celebrada en virtud del procedimiento sumario del artículo 82 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y, por tanto, se había extinguido el primitivo contrato y se había sustituido por el del compareciente, el cual no había sido citado ni tenido noticia del proceso hasta que ha sido desposeído por el lanzamiento y, por consiguiente, sin posibilidad de defenderse, por lo que solicita la inmediata suspensión del lanzamiento y la nulidad de tales actuaciones. El propietario alegó desconocer la adjudicación de los derechos arrendaticios, habiéndosele notificado solamente el embargo de los mismos y no los trámites posteriores, que desembocaron en la subasta, con lo cual se vulneran los requisitos que el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos señala para el traspaso, sin poder ejercitar el derecho de tanteo por desconocer la adjudicación hecha. El Juez de Distrito declaró no haber lugar al incidente de nulidad y la apelación no tuvo éxito. La representación del nuevo arrendatario interpone recurso extraordinario de revisión, con fundamento en la maquinación fraudulenta del propietario que, conociendo que su representado era el único arrendatario, no fue demandado ni citado, conculcándose el principio de que nadie puede ser privado de sus derechos sin ser oído y vencido en juicio, así como el artículo 24 de la Constitución y el artículo 7.º del Código Civil.

El recurso tiene éxito. El recurrente está legitimado para promover la revisión del juicio de desahucio, según declara la sentencia de 23 de noviembre de 1962, ya que los interesados en el litigio, aunque no fueran parte en el mismo, están facultados para interponerlo, pues admitir lo contrario sería dejar indefensos a éstos. El recurrente no sólo está interesado en el juicio, cuya revisión pretende, sino que es el único interesado, por cuanto el anterior arrendatario fue privado de la posesión que podía ostentar como tal. La demandante conocía no sólo el embargo, sino el desenlace del mismo, ya que mantuvo conversaciones con el abogado del recurrente, llegando a presentar escrito ante el Juzgado que conocía del juicio sumario, anunciando su propósito de interponer la acción de desahucio por falta de pago, lo que hacía obvio que se informara del resultado de tal procedimiento, constituyendo la ocultación maliciosa de este resultado una maquinación fraudulenta, ya que aunque el hecho de no notificarle la mejor postura ofrecida en la subasta, le confiera el derecho de no reconocer el traspaso, se requería una actuación por su parte a fin de hacer efectivo su derecho y, no habiéndolo verificado así, no podía hacer caso omiso para ejercer la acción resolutoria por falta de pago de la situación jurídica originada en orden a la titularidad del arrendatario. Procede la admisión del recurso sin perjuicio de dejar a las partes su derecho a entablar el juicio correspondiente.

C. R. R.

IV. DERECHO DE FAMILIA (*)

ALIMENTOS INTERCONYUGALES. FIJACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS Y SEPARACION DE HECHO (1). Artículos 56 y 143, 1.º, del Código Civil. Bujanda c. Quintana (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1972).

Antecedentes.—La actora, esposa del demandado, entabla la demanda en base a los siguientes hechos: 1) Que el matrimonio había tenido una vigencia de veintitrés años; 2) Que con motivo de la conducta desordenada del esposo, culminada en el abandono del domicilio conyugal en 1963, se planteó por la esposa demanda de alimentos «provisionales», cuya demanda fue estimada por el Juzgado y cuyo fallo decía: «declaro que el marido don... está obligado a abonar a su esposa en concepto de alimentos provisionales la cantidad de doce mil pesetas mensuales, que hará efectivas por mensualidades anticipadas desde la fecha de la interposición de la demanda, sin que esta sentencia produzca excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos (2) por los trámites del declarativo que corresponde, condenándole al pago de la cantidad mencionada, que podrá hacerse efectiva, en caso contrario, por la vía de apremio...»; 3) Que, recurrida dicha sentencia por el marido, la Audiencia confirmó íntegramente el fallo del Juzgado, deviniendo dicha sentencia firme; 4) Que, dados los años transcurridos desde la fijación de los alimentos «provisionales», procede al reajuste mediante la fijación definitiva de los alimentos.

Tras una serie de argumentos de tipo socio-económico, termina con la *súplica* de que se dicte sentencia condenando al demandado a que satisfaga a su esposa en concepto de alimentos definitivos la cantidad de veinticinco mil pesetas mensuales a partir de la fecha de la interposición de la demanda, verificándose el pago por mensualidades anticipadas, con expresa imposición de costas.

(*) Bastaría comprobar la fecha de las sentencias que seguidamente van a ser comentadas o anotadas para darse cuenta del retraso con que aparecen en esta Revista.

Buena parte de la culpa de ese retraso es íntegramente imputable al firmante, ya que la última sentencia por mí comentada (*Sentencia de 10 de junio de 1972*) apareció en el núm. 515 del año 1976.

El hecho de una exclusiva tarea de investigación para la obra de comentario de la *Compilación de Baleares* (para la colección de Comentarios dirigida por el Profesor don MANUEL ALBALADEJO), junto con la confianza en mí depositada por la Dirección de esta Revista y su amabilidad en tolerar benévola-mente aquel cumplimiento anómalo mío del encargo recibido, han posibilitado la continuidad en la recepción de las sentencias a mí encomendadas y determinado este paréntesis o demora en mis comentarios de sentencias.

Viene así aludida la justificación o por qué de ese retraso en su ámbito *subjetivo*. Además, en un esquema o ámbito *objetivo* tal demora puede encontrar, si no atenuantes, sí una cierta comprensión por parte del benévolo lector, que se encuentra sometido al bombardeo de libros, revistas y publicaciones de todo tipo. Todo este cúmulo de publicaciones se ha incrementado en cantidad y calidad desde la transición a la democracia y con la aparición de la Constitución de 1978.

Hay que añadir aquí que es precisamente en tema de *Derecho de Familia* donde mayor ha sido la transformación de los esquemas, instituciones y métodos de trabajo. De ahí que este lapso de tiempo de 1976-1982, con sentencias pendientes de anotación o comentario de 1972-73, sea especialmente importante en el momento de proceder a una *valoración* o a una *reflexión sociológica*.

Llamada la atención hacia este último punto, quiero precisar que mis observaciones, notas o comentarios serán *en función* de la fecha de cada sentencia.

Para cada caso concreto podrá haber por mi parte una referencia a publicaciones determinadas, como marco o coordenadas en que centrar el tema.

(1) Para el *tema concreto* de los alimentos en la separación de hecho, véase la reciente aportación de la Profesora C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: «Los alimentos en la separación de hecho», en R. G. L. J., tomo LXXXIII, núm. 2, agosto 1981, págs. 89 y ss., con cuidada exégesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(2) Los subrayados son míos: J. C. G.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, reconociendo los hechos que señaló como 1, 2 y 3, y oponiéndose al 4, en base a que la actual separación conyugal es de mero hecho, sin haber mediado ninguna separación judicial consecuencia de la dependencia de un proceso de los que legitiman para la petición y percepción de alimentos. Suplica que se dicte sentencia desestimatoria de la demanda con condena en costas.

El Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando al demandado a abonar a su esposa, en concepto de alimentos y a partir de la fecha de la presentación de la demanda, la cantidad de quince mil seiscientas pesetas, pagaderas por meses adelantados y absolviéndole del resto de las peticiones de la demanda, sin condena en costas a ninguna de las partes.

La sentencia del Juzgado, recurrida por ambas partes litigantes, es resuelta por la Audiencia, revocándola y condenando al demandado a abonar a su esposa en concepto de alimentos y a partir de la fecha de la interposición de la demanda, la cantidad de dieciocho mil pesetas, pagaderas por meses anticipados, sin expresa imposición de costas.

El marido demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Por aplicación indebida del artículo 143, 1.º, del Código Civil, con cita de las sentencias de 3 de noviembre de 1905, 5 y 9 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916, 3 de noviembre de 1955 y 17 de marzo de 1960, porque se aplica al hecho real de una separación de hecho una norma que contempla otro supuesto completamente distinto, es decir, el de la separación de derecho; porque no existe una sentencia previa de separación conyugal, sin haber una declaración judicial sobre la culpabilidad o inocencia de los cónyuges y sin haberse determinado las causas de esa situación y la posible culpabilidad de uno o ambos cónyuges; porque tal situación de hecho, provisional, produce en orden a los alimentos unas consecuencias jurídicas, las de la concesión de alimentos con carácter «provisional»; que el ordenamiento jurídico, en orden a la prestación de alimentos entre cónyuges, regula dos sistemas distintos: uno, provisional, mientras dura la separación circunstancial, de hecho, que es el juicio de alimentos provisionales, y otro, definitivo, cuando la separación es definitiva, es decir, cuando se ha pronunciado una sentencia firme o ejecutoria en el correspondiente juicio; que, sin establecerse previamente el *status* jurídico del matrimonio, la petición de alimentos definitivos entraña el ejercicio de una *actio non nata*, lo que es un imposible, o el ejercicio de una acción sin fundamento jurídico alguno.

2.º Por no aplicación del artículo 75, párrafo inicial y número 5, del Código Civil, porque el ordenamiento jurídico, en cuanto a la regulación del matrimonio y sus efectos, distingue las diversas situaciones que en el mismo pueden producirse en orden a disciplinar sus consecuencias; que en las situaciones anormales del matrimonio hay la separación provisional o «de hecho», y la separación judicial, que origina una situación estable y permanente para la que hay que adoptar unas medidas definitivas; que nada puede tratarse, respecto a alimentos, con carácter definitivo, hasta que no exista una ejecutoria de separación; que el artículo 143 del Código Civil forma parte de toda una normativa reguladora del matrimonio, sus efectos, derechos y obligaciones de los cónyuges, según la situación personal en que se hallen, por lo que no puede aplicarse ni interpretarse aisladamente, sino relacionándolo con las demás normas; que del artículo 73

del Código Civil se deduce que el derecho definitivo y permanente a percibir alimentos ha de ser consecuencia de una ejecutoria de separación.

Visto siendo Ponente don Juan Antonio Linares Fernández (3).

Considerando 1.º: Los dos motivos que el recurso plantea entrañan *el problema de si se puede pedir alimentos entre cónyuges sin estar entablada, o en su caso resuelta, la causa de separación entre los mismos*. Que la norma del artículo 1.617 de la Ley Rituaria es norma de carácter general, que obliga, siempre que se resolvió sobre provisionales, a admitir la pretensión de definitivos. No cabe hacer distinción entre provisionales o definitivos.

Considerando 2.º: Que *la separación de hecho libremente aceptada entre los esposos —situación anómala, incompatible con los deberes del artículo 56 del Código Civil— no les priva por ello de modo genérico y sin atender a las circunstancias personales de cada caso concreto del derecho de recibir alimentos de su consorte conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil*. Que *ni el artículo 56 ni el 143, 1.º, del Código Civil condicionan la exigibilidad de alimentos a la obligación de vivir juntos o al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente*. Por tanto, cualquier interpretación restrictiva iría contra el principio «donde la ley no distingue, no se puede distinguir», porque *la circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio no justifica la pérdida del derecho concedido por el artículo 143, 1.º, del Código Civil*. Que la jurisprudencia —sentencias de 16 de octubre de 1913, 27 de abril de 1956, 9 de noviembre de 1957 y 28 de febrero de 1969, entre otras (4)— *ha reconocido expresamente el derecho a alimentos cuando la separación es mutuamente consentida*, y como el supuesto aquí contemplado coincide con el contenido de las sentencias citadas —se reconoce que el marido abandonó el domicilio conyugal— la sentencia recurrida aplicó exactamente tal doctrina, y por ello no pueden apreciarse las infracciones acusadas en los motivos, que por ello se desestiman, con imposición de costas.

Fallo: no ha lugar (5).

NULIDAD DE CLAUSULA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES. *Donación del tercio de libre disposición y pacto sobre herencia futura: donación de inmuebles y expresión individual de los bienes donados. Cosa juzgada: Identidad física, objetiva y jurídica. Artículos 1.271, 2.º, 826, 633 y 1.252 del Código Civil. Acevedo c. Méndez (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1972).*

Antecedentes.—1. Constituyeron hechos probados en el presente litigio: 1) Don A., abuelo materno de los demandantes (hijos de su hija Rogelia), otorgó con su hija Ramira (demandada), en 1927, escritura de capitulaciones matrimoniales, por la que donaba a la misma el tercio de libre disposición de su herencia. 2) Don A. otorga testamento en 1948, en el que declara

(3) Considerandos extractados por mí: J. C. G.

(4) La Sentencia de 28 de febrero de 1969, con mi detenido comentario, fue publicada en esta misma Revista en el núm. 475, año 1969, págs. 1699 y ss. La Sentencia de 7 de octubre de 1970, similar a la anterior, con mi comentario, apareció en esta Revista, núm. 487, 1971, págs. 1524 y ss.

(5) Véase la breve Nota a esta sentencia por J. Díez CORRAL en A. D. C., 1972, pág. 1276, planteando el tema de qué pasaría si el marido optase por prestar los alimentos en su propia casa.

tener cuatro hijos (Angel, José, Ramira y Rogelia) y por el que *instituye herederos en nuda propiedad del tercio de libre disposición* de su herencia a los nietos del testador, hijos de su hija Rogelia (que son los demandantes. 3) Don A. fallece en 1950, bajo el testamento de 1948 citado. 4) El hijo José fallece en 1951, bajo testamento del mismo año, instituyendo heredera a su hermana Rogelia. 5) Por la hija Rogelia se promovió en 1967 el *juicio universal de testamentaria* de su padre don A. En el mismo cada Contador Partidor practicó las operaciones particionales, confeccionando para ello su respectivo Cuaderno. Fue necesaria la intervención de un Contador dirimente, que practicó su Cuaderno particional sosteniendo *la validez* de la donación del tercio libre efectuada en 1927. En el referido juicio universal fueron *citados* como «interesados» los hijos de doña Rogelia (aquí demandantes), sin comparecer ni ser parte en el mismo. 6) La parte promotora del juicio universal (doña Rogelia y don Angel), a la vista del cuaderno de la dirimencia, *lo impugnó*, planteando *juicio declarativo de menor cuantía* contra doña Ramira como demandada. El Juzgado dictó sentencia declarando la nulidad de la referida donación del tercio libre. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, declarando la validez de la dicha donación y del cuaderno particional dirimente, que fue, en consecuencia, protocolizado.

2. La demanda es dirigida por los actores (hijos de doña Rogelia) contra doña Rogelia (su madre), doña Ramira y don Angel. Después de las alegaciones pertinentes, adujeron ser herederos directos de su abuelo don A. y el no haber sido ni demandantes ni demandados en el juicio universal de testamentaria y finalizan con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º Nula radicalmente sin eficacia alguna la cláusula de la escritura de capitulaciones de 1927 de donación del tercio libre a favor de doña Ramira; 2.º Válido y eficaz el testamento de 1948; 3.º Radicalmente nula y sin efecto alguno la partición practicada por el contador-dirimente y protocolizada notarialmente. Con condena en costas.

3. Los demandados *doña Rogelia* (madre de los demandantes) y *don Angel* fueron declarados en rebeldía por incomparecencia. La demandada *doña Ramira* contestó y se opuso a la demanda, argumentando en síntesis que los hoy demandantes fueron debidamente citados para su intervención en el juicio de testamentaria de manera que tuvieran ocasión de ser partes en el litigio. La contestación finalizaba con la *súplica* de que, previa estimación de las *excepciones* de falta de legitimidad actora y de cosa juzgada, se dicte sentencia desestimando totalmente la demanda y absolviendo a los demandados. Con imposición de costas.

4. El Juzgado dicta sentencia *desestimando* la demanda, *sin* imposición de costas.

5. La Audiencia confirma la sentencia apelada, *con* costas.

6. Los demandantes interpusieron *recurso de casación* por infracción de ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Infracción por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código Civil en sus tres párrafos: A) *El párrafo primero* del artículo 1.252 del Código Civil exige «la más perfecta identidad» de las personas de los litigantes, y es cierto que los aquí recurrentes no litigaron en el litigio universal de testamentaria ni como demandantes ni como demandados, no siendo obstáculo a ello la *consideración que fueran de acuerdo con su madre y con unidad de criterio con ella*, ya que no existe la identidad «física» que exige el artículo 1.252. B) *El párrafo segundo* del artículo 1.252 del Código Civil

establece la «eficacia contra terceros», aunque no hubiesen litigado, de la presunción de cosa juzgada en las cuestiones sobre el estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias; pero: a) es lo cierto que en el pleito anterior no se discutió sobre la validez o nulidad de cláusula testamentaria, sino sobre la validez o nulidad de cláusula de capitulaciones matrimoniales, hasta el punto de que *en el fallo* de dicho pleito se declaró válida la cláusula de capitulaciones y «*a sensu contrario* nula la testamentaria» que se contraponía a aquella; luego, si el tema único del pleito anterior era *la cláusula* de capitulaciones, no puede entrar en juego el artículo 1.252, 2.º, que exige la identidad *objetiva* perfecta sobre específico tema testamentario para que se produzca *erga omnes* la cosa juzgada; b) es muy discutible considerar a los recurrentes como «terceros», cuando, en virtud del testamento de su abuelo, del que son herederos, los únicos legitimados para litigar sobre la cuestión litigiosa son ellos; c) dado que la anterior ejecutoria versó sobre cuestión no comprendida en la excepción del párrafo segundo del artículo 1.252 y fue dictada en un pleito en el que la litigante no estaba legitimada para hacerlo, se constituyó defectuosamente la relación jurídico-procesal, por lo que dicho *párrafo segundo* no puede aplicarse como hace la sentencia recurrida. C) *El párrafo tercero* del artículo 1.252 del Código Civil extiende los supuestos de identidad del párrafo primero a otros literalmente no comprendidos en éste, o esa, la *identidad jurídica*, que opera en los tres casos de causahabencia, solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones. Dicho *párrafo tercero* también lo aplica indebidamente la sentencia recurrida, *porque a ninguno de los tres casos citados puede referirse el litigioso*. En efecto: a) aunque la demandante en el pleito anterior era la madre de los recurrentes, *el derecho que reclaman* en este pleito no lo hubieron por sucesión de aquélla y *ya lo tenían antes* de su muerte como herederos testamentarios de su abuelo; por lo que en lo cuestionado no son ni fueron «causahabientes» de su madre, que fue quien litigó en el pleito anterior; b) descartada la *indivisibilidad* de las prestaciones, queda la *solidaridad*, a la que se refiere la sentencia recurrida y la doctrina jurisprudencial en ella citada (sentencias de 12 de octubre de 1908, 29 de octubre de 1966), solidaridad que *no puede darse porque sobre lo discutido no existía vínculo alguno de solidaridad con su madre* y lo único que existía era *un asentimiento o conformidad psicológica*, unidad de criterio y de razones que nada tienen que ver con la solidaridad —concepto jurídico que sólo podía producirse si sobre la cosa discutida existiese alguna situación de cotitularidad—.

2.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.252 del Código Civil en sus tres párrafos y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla citada en la sentencia recurrida. Interpuesto este motivo con carácter *subsidiario* al anterior por lo que, dado este carácter, se dan por reproducidos los razonamientos anteriores. Tales razonamientos se completan con los de la doctrina jurisprudencial en torno a dicho precepto y su interpretación, *fijando los supuestos de identidad «jurídica»*, pero *sin comprender nunca en ella* los casos en que —en relación a la cosa— no exista *cotitularidad* de las personas físicas distintas que litigaron en uno y otro pleito. Dicha *falta de identidad* imposibilita la comparación a hacer entre una y otra sentencia para deducir si la primera produce cosa juzgada para el segundo pleito.

3.º Infracción por violación del artículo 1.271, 2.º, del Código Civil, en relación con el artículo 4.º del Código Civil, motivo que se interpone tam-

bién como *subsidiario* y para el caso de no prosperar los anteriores. La sentencia recurrida —en cuanto al fondo del asunto— hace suyas las razones de la sentencia anterior, *pero en ésta no se arguyó sobre el tema* que plantea este motivo —*no alegado* por quienes fueron parte en aquel pleito— que se basa en la prohibición de los contratos sobre herencia futura por el artículo 1.271, 2.º, del Código Civil; dicho artículo *veda toda posibilidad* de contratar sobre el tercio de libre disposición de la herencia, como se hace en la cláusula de capitulaciones matrimoniales objeto de impugnación. La *única excepción* es la relativa al tercio de mejora, conforme al artículo 826 del Código Civil. En resumen, la donación del tercio de libre disposición en capitulaciones matrimoniales es *pacto prohibido* por el artículo 1.271, 2.º, del Código Civil, precepto violado en la sentencia recurrida al no aplicarlo a la sentencia litigiosa.

4.º Infracción por interpretación errónea del artículo 633, 1.º, del Código Civil. Dicho precepto establece, para la validez de las donaciones de cosa inmueble, la exigencia de que se haga «la expresión individual» de los bienes donados. Es una exigencia condicionante de la validez, que no puede admitir otra interpretación que la que su tenor literal indica: en la escritura hay que señalar individualmente los bienes donados.

La sentencia recurrida entiende que, aunque al donar el tercio de libre disposición *no se señalen individualmente* los bienes que lo componen, *hay que entender hecho el «señalamiento» porque la voluntad de donante y donataria era referir la donación a la casería*: con cuya interpretación está proclamando que se infringió la exigencia formal del precepto, puesto que si hay que acudir a una investigación de la voluntad de las partes para averiguar a qué bienes concretos puede referirse la donación, ya se desbordó un requisito condicionante de la validez de la donación. A dicha conclusión *no se opone la doctrina legal* contenida en las sentencias citadas en la recurrida (sentencias de 8 de julio de 1943, 6 de febrero de 1954, 27 de marzo de 1957 y otras), cuyas sentencias contemplan supuestos de donación de bienes concretos y determinados.

Visto siendo Ponente don Juan Antonio Linares Fernández.

Considerando 1.º: *La excepción de cosa juzgada* regulada en el artículo 1.252 del Código Civil *es en su sentido propio la eficacia y autoridad que la ley*, como expresa exigencia del orden y de la seguridad que han de imperar en la vida social, *reconoce a la sentencia que estima o desestima la pretensión* de la demanda o la reconvencción. *El precepto se refiere a la cosa juzgada material*, que tiene trascendencia sobre procesos futuros. *Lo cual hace preciso realizar un juicio comparativo* entre las acciones ejercitadas en ambos procedimientos.

Considerando 2.º: Tiene declarada la jurisprudencia (sentencia de 7 de febrero de 1881, 12 de febrero de 1921, 8 de julio de 1927, 2 de noviembre de 1960 y 19 de diciembre de 1961, entre otras), con arreglo a tal criterio que «cuando la cuestión es la misma, idéntica la causa de pedir, los fundamentos y títulos en que se apoyan las respectivas pretensiones y la condición de las personas en relación a esos títulos, *actúa la cosa juzgada* aun cuando las personas no sean las mismas y aun cuando se alegue por aquellos que no litigaron en el pleito anterior».

Considerando 3.º: *Según el artículo 1.088 de la Ley Pituaria, el juicio declarativo que resuelve la testamentaria no es materia ajena al juicio universal que se hace contencioso*, pues no otra cosa puede significar la expre-

sión «se dará al asunto la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía corresponda, comenzando los traslados, etc.». Por lo cual, se tiene que llegar a la *conclusión de que habiendo sido «citados» los actores en el juicio universal, si no comparecieron* en el mismo en su primera fase, ni después en la contenciosa, en donde debieron y pudieron personarse como «interesados» citados en forma, *se tiene que estimar que si no litigaron fue por causa imputable a su voluntad, y por ello no pueden estimarse ajenos a este proceso. Por ello se impone estimar la excepción de cosa juzgada material.*

Considerando 4.º: *Ello obliga a la desestimación de los dos primeros motivos del recurso y, como consecuencia de ello, sin entrar en el estudio del fondo del asunto a que se refieren los motivos tercero y cuarto, desestimar el recurso, con sus naturales consecuencias.*

Fallo: no ha lugar.

NOTAS.—1. Unas breves consideraciones a la vista de este fallo de nuestro más Alto Tribunal parecen convenientes.

Parece que el fallo es *formalmente* justo en base a la coincidencia de circunstancias que llevan a la admisión de la excepción de cosa juzgada material. Con todo, la argumentación del recurrente en el *primer motivo* del recurso podría inducir a pensar si efectivamente la coincidencia era *parcial* y no total. Dejo aquí apuntado este tema, por si alguien quisiera abundar en él.

Lo que a primera vista salta con evidencia es que el fallo no resuelve el fondo del asunto y que *materialmente* la cuestión queda en el aire. Es lástima que el argumento formal haya impedido conocer de un *punto trascendental* hoy por hoy en cualquier parte de España: en lugares donde rige el Código Civil (como en el caso del pleito) y en lugares donde está vigente un Derecho civil especial o foral. Este punto es el de la posibilidad de otorgar *pactos sucesorios*, y conectado a él, el tema de la posible *desvirtuación* de un pacto sucesorio *por un testamento posterior*. Este era el tema, sin resolver en la sentencia.

2. No parece que sea aquí y ahora el lugar adecuado para aludir a *los pactos sucesorios en general*. Me remito a las exposiciones de nuestra mejor doctrina: ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO, CASTÁN VÁZQUEZ, entre otros (6). Una cuidada actualización puede verse en CASTÁN TOBEÑAS (rev. DE LOS Mozos) (7).

En orden a *los pactos sucesorios en los derechos civiles especiales o forales*, hay que examinar las aportaciones foralistas de comentarios a los artículos correspondientes de cada Compilación. Así, v.gr.: Para Vizcaya, artículos 11, 30 y 62 (8); para Galicia, artículos 84 a 87 (9); para Aragón, artículos 99 a 109 y 110 a 113 (10); para Navarra, Leyes 172 a 183,

(6) Véase la relación de autores en *mi introducción* al tema de los contratos sucesorios en *Comentarios a la Compilación de Baleares*, tomo XXXI, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1981, págs. 222 y ss. y 263 y ss.

(7) Véase *Derecho Civil español común y foral*, Derecho de Sucesiones, tomo VI, vol. III, Madrid, 1971, págs. 246 y ss. y 291 y ss.

(8) Véase CELAYA IBARRA: *Comentarios a la Compilación*, tomo XXVI, EDESA, Jaén, 1979, páginas 124, 246 y 424 y ss.

(9) Véase A. SÁNCHEZ GARCÍA: *Comentarios a la Compilación*, tomo XXXII, EDESA, Jaén, 1979, páginas 129 y ss.

(10) Véase PELAYO HORÉ: «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», A. D. C., 1967, páginas 595 y ss.; GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA: «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», R. C. D. I., 1967, págs. 1325 y ss.; CRISTÓBAL MONTES: *La sucesión contractual aragonesa (Comentarios)*, Zaragoza, 1978, págs. 55 y ss.

211 y 215 y 112 a 118 (11); para Baleares, artículos 8 a 13, 50, 69, 70 a 76 y 80 (12), y para Cataluña, artículos 63 a 96 y 115 (13).

3. Los *motivos tercero y cuarto* del recurso atacaban la validez de la donación del tercio de libre disposición de la herencia hecha en cláusula de capitulaciones matrimoniales. Parece que está fuera de toda duda que tal cláusula choca frontalmente con el artículo 1.271-2.º, con el aditamento de que —al no haber una individualizada descripción de los inmuebles adscritos a dicho tercio hereditario— la cláusula ataca lo prevenido en el artículo 633-1.º

Dejando a un lado las consabidas razones *formales* derivadas de la cosa juzgada material, queda en pie la duda de por qué no fue atacada tal cláusula anteriormente. Es obvio que en *vida del donante* era, y es, arriesgado actuar contra la voluntad explícita del mismo (abuelo, padre, etc., titular del patrimonio familiar), por lo que el recurso más apropiado es acudir a la vía del *testamento* para la salvaguarda de los posibles derechos. Lo que resulta chocante es que entre la muerte del padre (abuelo) en 1950, y la interposición del juicio universal de testamentaría en 1967, había tiempo suficiente para promover la pretensión de nulidad de la cláusula de capitulaciones matrimoniales. Para mí, hay un retraso (quizá justificado por las circunstancias) en la presentación de tal pretensión, que roza la buena fe.

La inevitable *confrontación* entre las capitulaciones matrimoniales y el testamento posterior no es sino un supuesto más de lo que en los países con Derecho foral se conoce como *eficacia vinculante del pacto*, con su nota esencial de irrevocabilidad y su eficacia derogatoria respecto a los testamentos posteriores con él incompatibles (14).

4. Considerada la *parte formal* de la argumentación de la sentencia, y delimitada en un ámbito abstracto y genérico toda la materia de los pactos sucesorios, queda solamente analizar el *supuesto concreto de hecho* en su articulación *dentro* de los esquemas antes señalados.

Si el supuesto se hubiera presentado *dentro* de un determinado *territorio con Derecho civil o foral propio*, parece que primaría el carácter vinculante del pacto y su inatacabilidad posterior por el testamento. Esto en línea de principios.

Pero presentándose como se presenta el supuesto dentro de un *territorio sujeto al Derecho común o del Código Civil*, parece que la única excepción al principio prohibitivo de los pactos sucesorios radica en el artículo 826, como argumentan los recurrentes en el *motivo tercero* del recurso, que —prescindiendo aquí del aspecto formal— podría haberse tomado en consideración.

5. Como resumen, en la decisión prima la parte *formal* —cosa juzga-

(11) Véase SALINAS QUIJADA: *Derecho Civil de Navarra*, tomo VI (De las donaciones y sucesiones), volumen 1.º, ed. Gómez, Pamplona, 1976, págs. 141 y 167 y ss.

(12) Véase en *Comentarios a la Compilación*, tomo XXXI, vols. 1.º y 2.º, EDESA, Madrid, 1981. MASOT MIGUEL, vol. 1.º, págs. 182 y ss.; FERRER PONS, vol. 1.º, pág. 766, y *yo mismo*, vol. 2.º, páginas 222 y ss., 262 y ss. y 505 y ss.

(13) Véase la bibliografía que aporro para los heredamientos catalanes en mis *Comentarios*, cit., páginas 263 y ss. Entre las aportaciones más recientes pueden verse las de PUIG FERRIOL-BADOSA COLL: *Notas al «Derecho de Sucesiones»* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, tomo V, vol. 1.º, ed. Bosch, Barcelona, 1976, págs. 368 y ss.; PUIG FERRIOL: *Comentarios a la Compilación*, tomo XXVII, vol. 2.º (arts. 63 a 96), EDESA, Jaén, 1978, págs. 104 y ss.; PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS: *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, tomo III, vol. 2.º, ed. Bosch, Barcelona, 1980, págs. 147 y ss.

(14) Me he referido a estas cuestiones en mis *Comentarios*, cit., vol. 2.º, págs. 259, 297, 327, 340, 357 y 364. Véanse en especial págs. 327 y ss. En la doctrina catalana, véase PUIG FERRIOL: *Comentarios...*, cit., págs. 131 y ss.

da— sobre el tema *de fondo*, que queda no resuelto. Quizá no se podía hacer más, pero temo que el tema de fondo es lo suficientemente importante para que en el futuro se tome conciencia de tal antinomia y se resuelva en base a los principios generales.

Para finalizar, brevemente: decisión en cuanto a la *forma* correcta, pero en cuanto al *fondo* quizá no justa, además de peligrosa y problemática para el futuro.

RECLAMACION DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y SEPARACION DE HECHO. Artículos 143-1.º y 148 del Código Civil. Morejón c. Solís (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1972).

Antecedentes.—En el caso de autos son *hechos declarados probados*:

1.º Que actora y demandado contrajeron matrimonio canónico el 29 de enero de 1942.

2.º Que de tal unión nació en... un niño el 4 de abril de 1942.

3.º Que el niño, desde el momento de su nacimiento, quedó en poder de una vecina para su cuidado, la cual pasado un año hizo entrega del niño a su padre.

4.º Que la actora no volvió a ver al niño a partir del alumbramiento, sin querer hacerse cargo de él y sin conocerlo.

5.º Que el demandado fue destinado a otra ciudad, negándose la esposa a acompañarle, pese a los requerimientos de su familia y de su esposo.

6.º Que la esposa actora mantuvo su negativa, pese a los requerimientos por carta y por conducto notarial (éste en 1943).

7.º Que desde la fecha dicha no volvieron a reunirse los esposos, habiendo permanecido durante veintiséis años separados y sin efectuar la esposa reclamación alguna al demandado en concepto de alimentos.

La demanda contenía la súplica de dictar sentencia estimatoria de la pretensión de alimentos, condenando al demandado a satisfacerlos en la cuantía de doce mil pesetas al mes, y con reserva a las partes del derecho a promover juicio plenario de alimentos definitivos.

La contestación terminaba con la súplica de absolución de los pedimentos de la demanda.

El Juzgado dictó sentencia estimatoria, condenando al demandado a pagar a la actora, en concepto de alimentos «provisionales», la suma de diez mil pesetas mensuales, por mensualidades anticipadas y desde la fecha de la interposición de la demanda.

La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, absolvió al demandado.

La parte actora formuló recurso de casación por infracción de ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Por violación del artículo 143-1.º del Código Civil: por cuanto siendo obligación legal de los cónyuges la de darse recíprocamente alimentos, el esposo demandado queda liberado del expresado deber en la sentencia recurrida.

2.º Por violación del artículo 148 del Código Civil: la obligación alimenticia es exigible desde que la persona con derecho a percibirlos tuviese necesidad de ellos, y la sentencia recurrida niega a la esposa recurrente el

derecho en cuestión basándose en consideraciones ajenas a la materia de un juicio de alimentos provisionales.

Visto siendo ponente don Francisco Bonet Ramón.

Considerando 1.º... (15).

Considerando 2.º: La reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 19 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949 y 30 de septiembre de 1959) es que *si bien* la separación de hecho *implica* una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código Civil impone, *lo que origina* el que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, *no por ello les priva* a los cónyuges *de un modo genérico*, y sin atender a las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto, *del derecho* a recibir alimentos de su consorte (conforme a los arts. 142 y sigs. del Código Civil), *pero sí* (les priva de tal derecho) cuando, en lugar de haber sido libremente consentida entre los esposos, vivieran separados (uno) del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad (sentencias de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916, 17 de marzo de 1960 y 28 de febrero de 1969), *como resulta plenamente probado* sin impugnación eficaz en el presente caso, *lo que hacen desestimables* los dos motivos del recurso y con ello éste en su integridad.

Fallo: no ha lugar.

RECLAMACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS. *La situación jurídica de separación judicial unida a la disolución del vínculo por divorcio, recurso de revisión no tramitado contra sentencia de divorcio, alimentos provisionales y confesión. Artículos 143, 144 y 1.232 del Código Civil. De la Fuente c. Pérez (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1972).*

Antecedentes.—1. Quedaron declarados *hechos probados* en el presente pleito los siguientes:

1.º Actora y demandado contrajeron matrimonio (civil y canónico) en 1933. De dicho matrimonio nació un hijo.

2.º Los contrayentes no otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, por lo que su régimen económico-matrimonial quedó sujeto al legal supletorio de la sociedad de gananciales.

3.º Al amparo de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, la esposa solicitó la separación judicial de su marido, lo que obtuvo mediante *sentencia de 14 de octubre de 1935*.

4.º Transcurridos tres años desde aquella separación judicial, el marido solicitó se dictara *sentencia de divorcio* al amparo de aquella Ley de 1932, lo que obtuvo mediante *sentencia* de la Audiencia Territorial de 25 de febrero de 1939, dando lugar al divorcio con disolución del vínculo matrimonial.

5. La esposa aquí demandante promovió en 1949 demanda de juicio de *alimentos provisionales*, resuelta por *sentencia denegatoria* del Juzgado, *sentencia revocada* por la Audiencia el 12 de mayo de 1950, señalándole una pensión alimenticia de *quinientas pesetas mensuales*.

(15) Recoge los hechos probados en la forma que he sintetizado en los *Antecedentes*.

6.º En el año 1952, la aquí demandante promovió querrela criminal contra el aquí demandado por los delitos (*sic*) de amancebamiento y abandono de familia.

7.º Por *testimonio judicial* de la Audiencia que dictó la sentencia de divorcio vincular, se hizo constar la existencia de un escrito del Procurador de la esposa interponiendo *recurso de revisión* contra la sentencia de divorcio. No consta diligencia de presentación dentro de término legal ni proveído sobre la admisión de tal recurso. No consta tampoco resolución judicial alguna declarando la firmeza de la sentencia de divorcio.

2. Como *hechos de discrepante valoración*, debatidos en el pleito, cabe mencionar aquí:

1.º *La situación jurídica del matrimonio*, es decir, el «*status*» personal de los cónyuges a partir de 1935: para la esposa demandante, la separación era meramente personal; para el demandado, la separación fue judicial de personas y bienes, no existiendo relación alguna de parentesco desde la firmeza de la sentencia de divorcio vincular. La situación jurídica definitiva del matrimonio sería la fijada en la sentencia de separación de 14 de octubre de 1935 (tesis de la esposa): *techo máximo*.

2.º *La validez del divorcio vincular decretado en 1939*: para la esposa, las disposiciones de la Ley de 1939 se oponen a la validez de la sentencia de divorcio, además del curioso escrito de recurso de revisión contra tal sentencia; para el demandado, la validez de la sentencia de divorcio era incuestionable y, consentida y no impugnada por la actora, produjo *de iure y de facto* la disolución del vínculo matrimonial. La situación jurídica definitiva del matrimonio sería la fijada en la sentencia de divorcio de 25 de febrero de 1939 (tesis del marido): *techo mínimo*.

3.º *La existencia de bienes gananciales del matrimonio*: para la esposa, presupuesta dicha existencia; para el marido, en la breve época que va del 25 de septiembre de 1933 (fecha del matrimonio) al 15 de octubre de 1935 (día siguiente a la fecha de la sentencia de separación judicial), no existieron bienes gananciales.

4.º *La sentencia de 12 de mayo de 1950 atribuyendo alimentos provisionales a la esposa*: para la esposa, definitiva de una situación legal de alimentista, con posibilidad de revisión de la pensión fijada y de demanda de alimentos *definitivos*, lo que ejercitaba mediante la acción deducida en el pleito; para el demandado, aquella sentencia era «provisional» y podía ser revisada en cualquier momento, y en ella no se podía válidamente ni demandarse ni discutirse sobre la *nulidad* de la sentencia de divorcio vincular dado que el procedimiento era sumario.

5.º *La situación socioeconómica de ambas partes*: para la esposa, su situación era de necesidad, por vivir en un piso de sus hermanas y tener que trabajar para poder mantener primero, y dar estudios después, a su hijo habido del matrimonio; en tanto que la situación del marido era desproporcionada, por ser propietario de varias fincas, tener coche con chófer (*sic*) y ejercer una profesión liberal, simultaneada con su destino de funcionario público. Razones de tipo económico, social y jurídico imponían la *revisión* de la cuantía de alimentos provisionales que en su día se fijaron. Se aducían también razones en orden a la conducta dilatoria del demandado en cuanto al pago de la pensión alimenticia, habiendo llegado a alegar por escrito la *prescripción de diecisiete mensualida-*

des (sic) que adeudaba a su esposa. Se insistía por la esposa en el carácter estrictamente pecuniario de su pretensión, cifrada en la actualización de la cuantía de la pensión alimenticia.

Para el marido demandado, la situación de la mujer no era de necesidad, dado que vivía en el que fue domicilio familiar materno, ejerciendo la industria artesana de tapicería de lujo y con un taller de modistería cara, además de los ingresos del hijo como alto funcionario público; negaba los ingresos a él imputados y la obligación de pago de alimentos por no existir vínculo matrimonial.

6.º *El escrito relativo al recurso de revisión citado*: la esposa demandante lo soslaya totalmente; el demandado niega su existencia y arguye o insinúa irregularidades (16), dado que no constan ni la presentación del mismo ni su admisión a trámite.

7.º *La confesión judicial en el pleito de alimentos provisionales*: la esposa soslaya este punto; el demandado arguye (17) que fue un hecho explícito llanamente confesado por la esposa en los autos de alimentos provisionales el de que desconocía la existencia del singular escrito de recurso de revisión, por lo que los alimentos fueron denegados en primera instancia.

3. La demanda terminaba con la súplica de que se dicte sentencia declarando la obligación del marido de prestar los alimentos en la cuantía de *treinta mil pesetas mensuales*, por meses anticipados, con efectos desde la fecha de presentación de la demanda, y con condena en costas.

4. La contestación a la demanda, tras oponer los hechos aludidos y las valoraciones consiguientes, finalizaba como sigue: a) *Súplica* acerca de las excepciones procesales alegadas ex artículo 533, 2.º y 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre la prescripción de la acción, de modo que se dicte sentencia absolviendo al demandado e imponiendo las costas a la demandante. b) *Reconvención*, alegando los hechos pertinentes y los fundamentos legales aplicables, con *súplica* de que se dicte sentencia: declarando haber lugar a la reconvención, en razón a la inexistencia de vínculo parental generador y *conditio iuris* de la obligación de prestar alimentos, inexistencia desde que quedó firme la sentencia de divorcio vincular, consentida y no impugnada por la esposa, declarando que el demandado no viene obligado a pagar alimentos a la actora y que ni siquiera tiene ésta derecho a los que viene percibiendo actualmente; condenándola a estar y pasar por tales declaraciones, y con expresa imposición de costas.

5. El Juzgado, *desestimando* las excepciones y la demanda reconvenicional del demandado, absuelve a la demandante, y *estimando en parte* la demanda, declara la obligación que tiene el demandado de prestar alimentos a su esposa en cuantía de *diez mil pesetas*, efectivos por meses anticipados y con efectos desde la firmeza de la sentencia dictada, sin imposición de costas.

6. Ambas partes interpusieron los respectivos recursos de apelación contra la sentencia del Juzgado, dictando la Audiencia sentencia por la que, *revocando parcialmente* la sentencia del Juzgado, declara la obligación del demandado de prestar alimentos definitivos a su esposa en la cuantía de *quince mil pesetas*, efectivas por meses anticipados desde

(16) Implícitamente se desprenden del escrito del Recurso de Casación.

(17) En el motivo 4.º del Recurso de Casación, único admitido a trámite.

la firmeza de la sentencia, y confirma íntegramente los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, con imposición de costas al demandado apelante.

7. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en cuatro motivos. Ofreciendo *dudas* a la Sala la admisión de los motivos *primero, segundo y tercero* del recurso, acordó por auto la inadmisión de tales motivos. Quedó tan sólo el *motivo cuarto*, que se resume seguidamente:

4.º Por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico obrante en autos, lo que lleva a la aplicación indebida de los artículos 143-144 del Código Civil y violación del artículo 1.232 del Código Civil: consistente en el *testimonio judicial* de la Audiencia referido a la sentencia de divorcio vincular, en el que viene comprendido el escrito interponiendo recurso de revisión sin constar diligencia alguna de presentación ni de admisión, y en la *inexistencia* de otro escrito alguno impugnando el divorcio, todo lo cual evidencia en contra de lo que aprecia probado la sentencia aquí impugnada; tales documentos *evidencian el error del juzgador* al *negar* firmeza a la sentencia de divorcio, con olvido de la doctrina legal de las sentencias de esta Sala (9 de febrero de 1954 y 9 de noviembre de 1957, *a contrario sensu*); la *confesión* de la parte actora en el juicio de alimentos «provisionales» —acerca del desconocimiento de la existencia del singular escrito de recurso de revisión— no ofrece dudas y fue recogida en el único considerando de la sentencia entonces desestimatoria del Juzgado en 1949; constituye *hecho auténtico*, además de la certeza del recurso de revisión, su no tramitación y la *no existencia de queja* contra la providencia de admisión o no del mismo; finalmente, procede considerar por firme y consentida y pasada en *autoridad de cosa juzgada*, la sentencia de divorcio vincular, en base al artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932 (recurso de revisión) o, en otro caso, procede tener por *caducada* la instancia al instarse en 1949 los alimentos provisionales.

Visto siendo ponente don Emilio Aguado González.

Considerando 1.º (18): Limitada la cuestión al *ámbito* en que pretende encerrarla el cuarto motivo del recurso —o sea, a la denuncia de un *error de hecho* resultante de documento auténtico—, *es preciso advertir que éste falta por completo, pues* en el minucioso *testimonio* (judicial) aportado *no aparece ningún documento* que haga relación al carácter de firme de la sentencia de divorcio. *Por el contrario*, al folio... *resulta que existe lo siguiente*: «4.º Que en el rollo de Sala, de referencia, *no aparece resolución alguna* declarando firme la sentencia al principio mencionada», es decir, *que la sentencia se dicta y, por haber interpuesto la esposa recurso de revisión, el cual no se tramitó por tratarse de actuaciones llevadas a cabo en los últimos momentos de la sublevación marxista, queda la sentencia pronunciada y en manera alguna firme, por haber sido objeto de recurso: ésta es la verdad legal* y a ella había de atenerse la argumentación del recurrente, no dando por figurado un documento auténtico que no existe más que en el enunciado del motivo.

Considerando 2.º: *La doctrina correcta es* la que sienta la Audiencia

(18) Los considerandos son extractados por mí; los subrayados también son míos; J. C. G.

Territorial: *las excepciones y la demanda reconvenzional* opuestas por el demandado *son insostenibles, por contradecir preceptos* (19) *que negaron legalidad a actos en que, como los invocados, se pretende apoyar el reconocimiento de las peticiones enunciadas; son rechazables, porque la sentencia de 25 de febrero de 1939, de divorcio vincular, fue una actuación judicial practicada en pleito de divorcio, afectada de la declaración de nulidad ordenada en el artículo 6 de la Ley de 8 de mayo de 1939 y que nunca adquirió la firmeza que el interesado le concede —no por la interposición del recurso de revisión, reflejado en autos, sino por el contenido del artículo 1.º de la citada ley, que «priva a las resoluciones de cualquier clase que sean, en los órdenes civil... y a partir del 18 de julio de 1936, del carácter de firmes», y, en consecuencia, no pueden producir los efectos de la cosa juzgada ni la excepción que la protege—. Por tanto, este matrimonio, que el marido impugna, es plenamente válido y está sujeto a la obligación de prestar alimentos, en la cuantía precisa.*

Considerando 3.º: *El motivo cuarto ofrece también defectos formales, que pudieran haber ocasionado su inadmisión. No se hizo así, porque el único motivo que se formalizó fue el error de hecho en la apreciación de la prueba; los demás no estaban sino insinuados, pero sería difícil —en caso de proceder el motivo— dilucidar en el mismo toda la gama de consecuencias que se derivan de ello* (20).

Considerando 4.º: *Al no existir prueba alguna que justifique el error de hecho, y habiendo otras razones para apreciar la cuestión al margen del mismo, se impone su desestimación, con los pronunciamientos complementarios correspondientes del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Fallo: no ha lugar.

COMENTARIO.—1. *Ideas previas:* En anteriores comentarios míos a sentencias del Tribunal Supremo había elogiado sin reparos el *modus operandi* del ponente de esta sentencia como modelo de buen hacer judicial. Una vez leída detenidamente esta sentencia, la impresión primera que suscita es la de cierta perplejidad. Para llegar a la convicción última de que la verdadera *ratio decidendi* pudiera ser otra que la manifestada.

A mi modo de ver, una reflexión sobre los *hechos probados* que han motivado este pleito debiera hacer referencia a una serie de ideas que en otro lugar ya se enunciaron (21) y que, resumidamente, cabría reducir a las siguientes: 1) la tipología sobre la separación judicial; 2) la eficacia de las sentencias de divorcio; 3) el tema del derecho transitorio; 4) la limitación en el ámbito personal de la sentencia de divorcio; 5) la situación jurídica de separación judicialmente declarada (22).

2. *Los temas básicos del litigio:* En puridad de ideas, *el tema básico* se redujo a si la sentencia de 25 de febrero de 1939 era o no firme, *combinado* con el de si se consideraba o no formalmente interpuesto el recurso de revisión por la esposa.

(19) Parece que tales preceptos son los de la Ley de 8 de mayo de 1939, por lo que seguidamente se afirma.

(20) La formulación *literal* de este Considerando ofrece en su apartado final un marcado carácter críptico, lo que, combinado con el desconocimiento de los *restantes motivos* del recurso, hace difícil la interpretación.

(21) Véase Díez PICAZO: «Comentarios a la Sentencia de 4 de junio de 1964», *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 311 y ss. Véase también *mi comentario* a la Sentencia de 13 de marzo de 1969 en esta Revista, núm. 477, marzo-abril 1970, págs. 532 y ss.

(22) Para cada una de tales cuestiones me remito al comentario citado mío en esta Revista, páginas 540, 542, 546, 550 y 554. En cada lugar, con amplias referencias.

La argumentación de la sentencia *parte del considerando 1.º*, al decir que *la verdad legal es que la sentencia de divorcio había sido objeto de recurso de revisión*. Lo curioso es el razonamiento empleado, en el sentido de que en el testimonio judicial aportado «no aparece resolución alguna declarando firme la sentencia de divorcio». Ello nos lleva a la *vexata quaestio* de la prueba de un hecho negativo, prueba diabólica siempre. Lo curioso es que tan negativo era probar la no firmeza de la sentencia, como la no admisión del recurso de revisión. Se apuesta por una de las dos posturas, cuando en puridad y en equidad, tanto una como otra parecen equivalentes.

De otra parte, como justificante u *obiter dicta* del porqué de la no firmeza —o su equivalente, la interposición y/o admisión del recurso de revisión—, se dice que el recurso de revisión «no se tramitó por tratarse de actuaciones llevadas a cabo en los últimos momentos de la sublevación marxista», argumento que prueba demasiado, ya que cabe aplicarlo igualmente a la declaración de firmeza.

Aun admitiendo, a efectos dialécticos, el argumento como decisivo, queda el obstáculo *formal* insalvable de que la interposición de la revisión debía hacerse en el *plazo improrrogable* de diez días, conforme al artículo 57 de la Ley de 2 de marzo de 1932. Plazo que vencía, como mucho, el 8 de marzo de 1939.

Por todo lo expuesto, habría que reconducir el tema al de la sentencia de divorcio vincular *pendiente de ejecución* (23). En aquel lugar dije que, como *mínimo*, la sentencia de divorcio vincular (constitutiva) deberá producir todos los efectos jurídicos de orden *material*, tanto directos como indirectos: aquí, en especial, el de la sentencia como acto jurídico de decisión.

3. *La incidencia del Derecho transitorio*: Me refería en otro lugar, citado más arriba, a esta incidencia en orden a la eficacia *material* de la sentencia de divorcio, en lo que se refiere a la posible negación de la misma por un cambio de circunstancias (Ley de 8 de mayo de 1939) *en el tiempo* que afectan a la actividad procesal.

Siguiendo el magisterio de DE CASTRO (24), y por aplicación al supuesto de hecho de este litigio de las normas transitorias del Código Civil, cabe hacer la siguiente distinción:

- Rige la *Ley de Divorcio de 1932* en orden a: los hechos completos y realizados (interposición de la demanda de divorcio, desarrollo del proceso, recurso de revisión); los actos válidos y perfectos (posibles adquisiciones de bienes como gananciales, sentencia —constitutiva— de divorcio); los derechos subjetivos nacidos y perfectos (derecho al divorcio, derecho a la revisión, derecho a posible cuota de gananciales en la fecha de la sentencia de divorcio); los efectos derivados de derechos ya nacidos (la *situación jurídica* de separación declarada y su incidencia en las esferas personal y patrimonial), y los *status* familiares ya acaecidos (matrimonio canónico, separación judicial canónica, divorcio).

- Rige la *Ley de 8 de mayo de 1939* en orden a: los hechos todavía no completos (ejecución de sentencia); los derechos subjetivos no nacidos (*anulación de la sentencia de divorcio*), y los efectos en cuanto a las ac-

(23) Véase en mi *Comentario*, citado, pág. 544 y ss.

(24) Véase su *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1950, págs. 731 y ss.

ciones no ejercitadas (procedimiento según las *normas complementarias* de la Ley de 1939).

4. *Los temas subyacentes en el litigio:* De las consideraciones anteriores, combinadas con la idea de la situación jurídica de separación judicialmente declarada y la de la limitación en el ámbito personal de la eficacia de la sentencia de divorcio, antes apuntadas, cabe presentar una serie de *temas trascendentes obviados* en la decisión de la sentencia:

1.º El valor jurídico de la sentencia de divorcio vincular como acto jurídico procesal de decisión.

2.º La remisión a la Ley de 1932 en orden al recurso de revisión.

3.º La producción como *efecto* de la *situación jurídica* de separación judicialmente declarada: el 14 de octubre de 1935, a instancias de la esposa, y el 25 de febrero de 1939, a instancias del marido.

4.º El *status* de separados judicialmente: para ambos esposos. Como tal *estado familiar, per se*, es inatacable.

5.º El *derecho a la anulación* de la sentencia de divorcio vincular, conforme a la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 1939, atribuible a la esposa.

6.º El *no ejercicio por la esposa* de su pretensión alimenticia durante diez años (en 1949 plantea la demanda de alimentos provisionales), y más, durante treinta años (en 1969 plantea la demanda de alimentos definitivos) —con cuya demanda parece que *implícitamente* solicita la anulación de la sentencia de divorcio—, parece que hace referencia al ejercicio de un derecho realizado con un retraso objetivamente desleal (25). Aquí, una vez más, el centro de gravedad es la idea de la buena fe.

7.º El pie forzado de la sentencia de 1950, atribuyendo a la esposa los alimentos «provisionales».

5. *La «ratio decidendi» de la sentencia:* Las precedentes consideraciones derivadas de una reflexión sobre la sentencia llevan al convencimiento de que, por encima del aparente motivo *formal* de rechazo del recurso, por considerarse que la sentencia de divorcio carecía de firmeza, parece estar el del *precedente* de los alimentos «provisionales».

Dado el criterio interpretativo del ponente, puesto de manifiesto en otras sentencias precedentes, y sus agudos análisis en cada caso planteado, me resulta sorprendente el escamoteo de datos fácticos y el recurso a la prueba de un hecho negativo. Me parece más sensato pensar *si*, con todo ello, *no se ha dado un rodeo* para así *enlazar* con una decisión anterior que concedió alimentos en forma «provisional».

Así las cosas, entiendo la decisión y la sentencia. Habrá que *aparcarla* a un lado, sin referirse a ella más que *para casos muy similares*, pero sin extraer de ella un criterio único de decisión. Sobre todo, porque *en casos de divorcio* (v. sentencia de 11 de abril de 1946) el propio Tribunal Supremo ha negado el derecho a alimentos.

En definitiva, *la admisión* de la demanda de la esposa *presuponía* el reconocimiento de la validez y vigencia del vínculo matrimonial, *lo que equivalía implícitamente a anular* la sentencia de divorcio *sin petición de parte*.

(25) Es la idea o excepción de la «*verwirkung*»: véase mi *Comentario*, citado, pág. 550.

En conclusión, la aparente decisión del litigio por la razón *formal* de la no firmeza de la sentencia de divorcio podría encontrarse en el hecho precedente de la concesión de alimentos «provisionales».

FIJACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS. Separación por culpabilidad del esposo y correlativa obligación alimenticia. Prueba de la necesidad por el alimentista. Situación de necesidad y posibilidad de ejercicio de una profesión. Reciprocidad de la obligación alimenticia. De la Puente c. Vega (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1972).

Antecedentes.—1. La exposición de los *hechos* de este pleito, extraída del escrito de demanda, es como sigue:

1) La actora y el demandado contrajeron matrimonio, del que nació un hijo, que en el momento de interponer la demanda contaba trece años.

2) En 1958, la esposa obtuvo la separación canónica por culpabilidad en la conducta del marido, obteniendo el depósito judicial en casa del padre de ella y fijándose como alimentos «provisionales» la suma de *mil quinientas pesetas mensuales*.

3) La *situación actual del marido* era puesta de relieve por la esposa: un cargo bien remunerado con una comisión del 7 por 100 de la total recaudación, dos pisos, un coche y una participación en un supermercado. Se hacía constar por la demandante que desconocía exactamente los medios económicos de que disponía el marido.

4) La *situación actual de la esposa e hijo del matrimonio* era: vivían en casa del padre jubilado; la esposa había tenido que ponerse a trabajar como profesora de..., si bien actualmente carecía de ingresos por no tener destino alguno, para así poder alimentar, vestir, atender a la salud y enseñanza al hijo, que ahora estudiaba el tercer curso de Bachillerato, con los consiguientes desembolsos..., de manera que venía gastando 9.950 pesetas mensuales, cantidad que en el futuro debería ser sucesivamente incrementada cuando el hijo tuviera que estudiar una carrera técnica o universitaria.

2. La demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia declarando la suma de *cincuenta mil pesetas* en concepto de alimentos «definitivos» para ella y su hijo.

3. El marido contestó la demanda y se opuso a ella con la súplica de que fuera desestimada.

4. El Juzgado dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda, condena al marido a que en concepto de alimentos definitivos abone mensualmente *a su hijo la cantidad de quince mil pesetas, y a su esposa la cantidad de diez mil pesetas*, que deberá desde la interposición de la demanda, descontando las que hubiesen percibido en concepto de alimentos «provisionales», y con expresa imposición de costas al demandado.

5. Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia por el marido, la correspondiente Audiencia confirmó íntegramente y en todas sus partes la sentencia del Juzgado, con imposición de costas en las dos instancias al demandado.

6. El demandado interpone recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, en base a los siguientes motivos (26):

1.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil, en relación con los artículos 73-5.º y 1.214 del Código Civil: porque la sentencia recurrida sienta la tesis de que *por el hecho* de que los cónyuges hayan de vivir separados por culpa del esposo, *éste tiene ya la obligación* de prestar alimentos a su mujer, *lo cual* —a juicio del recurrente— *es contrario* a los preceptos legales que se invocan, con arreglo a los que *es necesario que* —además de la culpabilidad del marido— *concurra el estado de necesidad, suficientemente probado, de la reclamante*. Por lo cual, al no entenderlo así, la sentencia que se impugna viola dichos preceptos.

2.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil, en relación con los artículos 73-5.º y 1.214 del Código Civil (*sic*): porque, reiterando lo dicho en el anterior motivo, de acuerdo con tales preceptos, *el solo hecho de la culpabilidad* en la separación *no es suficiente* para imponer *la obligación* de dar alimentos, *sino que* —como requisitos con-sustanciales al nacimiento de la misma— *se requiere, además*, que la esposa tiene que probar que los necesita para subsistir, *debiendo, por tanto, acreditar* qué bienes tiene, cuánto producen y que sus rendimientos son suficientes (*sic*) para su subsistencia de acuerdo con la posición social de la familia. Por lo que al no haber probado estos extremos, no ha justificado el estado de necesidad que el artículo 148 del Código Civil estima como fundamental requisito para que proceda la obligación de alimentar.

3.º Por *error de hecho en la apreciación de la prueba* documental obrante en autos, derivada de los documentos auténticos siguientes: a) copia del testamento del padre de la actora; b) dos certificaciones del Registro de la Propiedad de las fincas de que era propietario el padre de la actora, y de cuyas certificaciones *aparece también la demandante propietaria de un piso, adquirido* por compra a su hermano en virtud de escritura otorgada *después* de la separación canónica de los cónyuges.

De tales documentos auténticos resulta que la demandante es dueña en propiedad exclusiva de dos pisos —el de la mejora y el de la compra—, y en proindivisión con su hermano de las otras tres fincas relacionadas en las certificaciones. Por lo que al no reflejarlo así la sentencia recurrida —limitándose a decir que «es propietaria de algunos bienes», ocultando hechos que impiden su exacto conocimiento al objeto de apreciar el estado de necesidad de la reclamante— incurre en el error de hecho alegado.

4.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil: porque dándose por probado en la sentencia recurrida que la esposa posee algunos bienes, ya no se da el estado de necesidad de que habla el artículo 148 del Código Civil.

5.º Infracción por violación del artículo 148 del Código Civil, en relación con el artículo 152-3.º del Código Civil: porque no existe en la demandante el estado de necesidad que la sentencia le reconoce, por cuanto por el título de licenciada en..., que posee, puede dedicarse a una profesión suficientemente productiva, y está en condiciones de obtener lo necesario para su sustento.

(26) La argumentación de cada motivo la he extraído de la *parte fáctica* de alguno de los considerados, que de esta forma quedan reducidos por mí a su aspecto decisivo. Los subrayados son míos: J. C. G.

Visto siendo ponente don Manuel Taboada Roca.

Considerando 1.º (27): El adecuado estudio del presente recurso *impone alterar el orden* en el examen de los motivos y aconseja *comenzar por el tercero* de ellos, en el cual se ataca la apreciación de la prueba. Pues si tal motivo fracasa no podrán tener éxito los demás, ya que en ellos se parte de unas afirmaciones fácticas *contrarias* a las de la sentencia recurrida, afirmaciones fácticas que en realidad constituyen los supuestos de hecho de las normas que aplica.

Considerando 2.º: En el referido *motivo tercero* se combate la sentencia recurrida, atribuyéndole error de hecho en la apreciación de la prueba documental obrante en autos...

Considerando 3.º: Ese alegado error en la apreciación de la prueba lo comete la sentencia recurrida —en tesis del recurrente— por haber omitido en los hechos probados aspectos fundamentales que impiden su exacto conocimiento, a fin de obtener de ella los resultados correspondientes...

Considerando 4.º: En realidad, *las certificaciones lo único que acreditan es que doña...* (la actora), cuando se expidieron aquellas certificaciones, *era titular* del piso que figura inscrito a su favor, y *que don...* (su padre) *era titular* dominical de aquellos relacionados bienes, *pero no demuestran, en cambio*, que éstos hubiesen pasado en propiedad o en proindivisión a sus mencionados hijos. *Las afirmaciones* que tales documentos proclaman *no son incompatibles con los hechos probados* que la sentencia recurrida admite, pues ésta claramente reconoce que la demandante «tiene algunos bienes», pero que sus producciones son «insignificantes», y *esto no lo contradicen* aquellas invocadas certificaciones y copia del testamento, que, en tales particulares, resultan irrelevantes a los fines del recurso.

Considerando 5.º: *Lo que el recurrente pretende con este motivo (tercero) de su recurso* es que el Tribunal de Casación se convierta en Sala de instancia y averigüe o compruebe cuánto produce el piso de que es titular registral doña... (la actora), y si los demás bienes que en vida pertenecieron a su padre pasaron en propiedad exclusiva o en proindivisión a ella, y si unos y otros producen unas cantidades que le permitan vivir con holgura a la actora. Es decir, se hace supuesto de la cuestión, dando como acreditado precisamente aquello que tenía que demostrar, *ya que —afirmado por la demandante que carecía de bienes de todas clases para atender a su subsistencia— al demandado —que sostiene...— le incumbe probar* —y no lo ha hecho— cuáles eran esos bienes y a cuánto ascendían sus productos, para que el Tribunal de instancia pudiera apreciar si alteraban la situación de indigencia que ella invocaba y que le reconoció la Sala sentenciadora...

Considerando 6.º: El *motivo primero* ataca la sentencia recurrida imputándole infracción por violación de los artículos 73-5.º y 1.214 del Código Civil, que se dice comete, al sentar la tesis de que...

Considerando 7.º: *Para la desestimación de este motivo (primero)* basta tener en cuenta que si bien es *verdad* que la sentencia recurrida *hace arrancar la exigibilidad* del derecho de alimentos *del hecho* de la separación canónica —que declaró culpable de ella al marido—, *sin embargo también contempla* de las normas que aplica *estado de necesidad en*

(27) Los subrayados son míos. Obsérvese, por lo dicho en nota precedente, que el *vacío* fáctico de los considerandos tiene su porqué, aludido.

la reclamante y holgura económica en el demandado, que le puede permitir pagar la pensión alimenticia señalada para su esposa.

Considerando 8.º: Además, este motivo (primero) viene a atacar por vía inadecuada la apreciación probatoria de la Sala de instancia, pues —para justificar la procedencia de aquél— tiene que negar lo por ella afirmado en aquellos dos particulares relativos a la necesidad de la esposa y a la posibilidad económica del marido. *Tampoco el motivo podría prosperar porque lo que en él se plantea*, en realidad, es el problema referente a la interpretación que el Tribunal sentenciador ha dado a unos preceptos que aplicó, y que, por tanto, no pudo violar, en el sentido técnico-procesal en que el artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil emplea el término «violación».

Considerando 9.º: En el motivo segundo vuelve a invocarse otra vez la infracción de los mismos preceptos y por igual concepto de «violación», sosteniéndose que...

Considerando 10.º: Basta observar que también este motivo (segundo) se constituye sobre la base de negar lo que la sentencia afirma —y que no se ha demostrado fuera erróneo— para que tenga que ser desestimado igualmente, pues combate la apreciación probatoria por vía totalmente inadecuada. Además, *tampoco es carga de la actora el demostrar que tiene bienes y lo que éstos producen*, pues a ella le basta reclamar alimentos alegando que carece de bienes, pasando entonces al demandado la carga de la prueba de que los tiene y de que producen lo bastante para sus necesidades con arreglo a su posición social.

Considerando 11.º: En el motivo cuarto del recurso se denuncia otra vez la infracción, por violación, del tan repetido artículo 148 del Código Civil, sosteniéndose que... Pero olvida el recurrente que la sentencia, aun cuando reconoce que la esposa posee efectivamente «algunos bienes», seguidamente sienta la afirmación fáctica de que son «insignificantes» sus productos, es decir, que admite como probado el estado de necesidad en la reclamante y, por tanto, como éste no fue eficazmente combatido, a ello ha de estarse. Por lo que careciendo de base este motivo cuarto, tiene también que perecer, como los anteriores.

Considerando 12.º: En el motivo quinto se sostiene que... Pero también aquí el recurrente parte de una afirmación contraria a la que la Sala sentenciadora proclama y, además, para dar ciertas apariencias lógicas a este motivo, omite la circunstancia a que el número 3.º del artículo 152 del Código Civil supedita el cese de la obligación alimenticia (...), y cuya circunstancia esencial consiste en que con su ejercicio «no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia», lo cual rechazó el juzgador en ambas instancias.

Considerando 13.º: Precisamente ya la jurisprudencia de este Tribunal ha rechazado que «esa posibilidad a que se refiere la norma, no ha de entenderse como 'mera capacidad subjetiva', sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias» (sentencia de 13 de diciembre de 1942), y que «no cesa la obligación alimenticia aunque el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir y la posición del llamado a dar los alimentos, estime el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más holgadamente satisfechas» (sentencias de 27 de marzo de 1900, 15 de diciembre de 1942 y 24 de febrero de 1955). Debiendo

también citarse, a este respecto, la sentencia de 24 de noviembre de 1951, invocada por la demandante, que establece que «la reciprocidad del deber de prestarse alimentos entre los esposos no es tan absoluta que haga aplicable a la mujer esta doctrina (28), para imponerle la carga de la prueba de su 'imposibilidad' de atender a su subsistencia dedicándose al trabajo, lo cual equivaldría a eximir al marido, jefe de la familia sobre el que principalmente pesan las cargas del matrimonio, del deber de protección que el artículo 57 del Código Civil le impone» (29).

Fallo: no ha lugar.

NEGACION DE PATERNIDAD LEGITIMA. *Situación del nacido a los trescientos siete días de la muerte del presunto padre; conocimiento del embarazo y conocimiento de la filiación legal atribuible al nacido; fraude y obligaciones de toda viuda encinta; concepción dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento e imposibilidad física. Artículos 111, 108 y 113 del Código Civil. Prescripción o no de la acción. Noguerras C. Calabuig y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1972).*

Antecedentes.—1. Fueron declarados hechos probados en el presente pleito:

- 1) Don E. contrajo matrimonio canónico en 1930, de cuya unión nacieron varios hijos; entre ellos, don S.
- 2) Don S. contrajo matrimonio canónico con doña M. (demandada) en 1960, y durante los seis años siguientes no tuvo descendencia del matrimonio.
- 3) Don S. falleció el 26 de mayo de 1966.
- 4) El 29 de marzo de 1967 nació el niño X, inscrito en el Registro Civil como «hijo legítimo del fallecido don S. y doña M.»

2. La *divergencia de interpretaciones* abarcaba los puntos siguientes:

Por parte del demandante don E. se aducía: 1) que su hijo falleció sin descendencia y que esta falta de hijos fue debida a un defecto físico que tenía su hijo don S., que no pudo ser corregido a pesar de los tratamientos médicos durante los primeros años del matrimonio; 2) que, fallecido el hijo del demandante sin haber otorgado testamento y sin descendencia, el actor don E. instó y obtuvo a su favor la declaración judicial de heredero *ab intestato*; 3) que, otorgada la pertinente escritura de herencia, apareció la única finca relicta por el causante, inscrita a favor del menor X como hijo legítimo del causante; 4) que, previas las indagaciones en el Registro Civil, el demandante obtuvo el 25 de junio de 1968 la certificación literal del acta de nacimiento del menor X demandado; 5) que, cuando se trata de impugnar una paternidad aparente, debe estarse al artículo 108 del Código Civil, de manera que el hijo del demandante falleció el 26 de mayo de 1966

(28) Véase actualmente la posición moderna contraria en C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: «Los alimentos en la separación de hecho», en R. G. L. J., agosto 1981, pág. 112.

(29) Actualmente el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges (arts. 14 y 32 de la Constitución, y 66 y 68 del Código Civil) haría insostenible tal afirmación. Afirmación de la Sentencia de 24 de octubre de 1951, ya insostenible en 1975 cuando el Código Civil fue reformado.

—fecha de la disolución del matrimonio de don S. con la demandada doña M.— y, sin embargo, *el menor X nació exactamente a los trescientos siete días del fallecimiento del que aparece ser su padre*, cuyo hecho por sí solo destruye la presunción de legitimidad; 6) que, *aun en el supuesto de que dicho plazo (trescientos días siguientes...) estuviere a favor de los demandados*, determina el Código Civil (108, 2.º) que «contra dicha presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo», de manera que *es hecho cierto que en esos primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al 29 de marzo de 1967 el marido de la demandada había ya fallecido*, además de que *el hijo don S. del demandante estuvo hospitalizado algunos días antes de su fallecimiento debido a una grave intoxicación alimenticia* (con la consiguiente imposibilidad de cohabitación con su esposa) y dichos días habrían de añadirse a los trescientos siete antes enumerados, lo que hace que la posibilidad de legitimidad del menor se esfume aún más; 7) que *el nacimiento del menor fue ocultado al actor*, pues éste sólo tuvo noticia de tal hecho cuando obtuvo la certificación registral citada, de manera que el demandante —dentro del plazo legal determinado en la Ley (el día 20 de agosto de 1968)— ejerce su acción de desconocimiento e impugnación de legitimidad del menor demandado.

Por parte de *la demandada doña M.* se alegaba: 1) que es falso que su difunto esposo padeciese un defecto físico que le impidiera tener descendencia, y es falso porque tuvo un hijo de su matrimonio con la demandada y que es el menor cuya legitimidad ahora se trata de impugnar; 2) que el demandante sabía perfectamente que su nuera estaba encinta de su difunto esposo, pues la veía y la ve a diario, ya que habita en la casa contigua, y está interesado en fingir cándidamente ignorancia de lo que conoce por sí mismo desde el primer día (30), cuando la realidad radica en su enemistad hacia el hijo, extensiva a la esposa e hijo del mismo; 3) que, a la petición del actor de impugnación de legitimidad, ha de oponerse la *excepción de caducidad* de la acción en base al artículo 113 del Código Civil (plazo de dos meses desde la inscripción o desde el descubrimiento del fraude), y es indiscutible que en el presente caso *el plazo debe contarse desde la fecha de inscripción del menor en el Registro Civil*, dado que no ha habido ocultación (el plazo vencía el 11 de junio de 1967), mientras que interpone la demanda el 20 de agosto de 1968; 4) que *no cabe conceder un valor absoluto a la presunción legal contenida en el artículo 108 del Código Civil, olvidando que el artículo 111 reconoce la posible realidad de nacimiento posterior al de trescientos días y que la ciencia biológica dice que es posible una gestación de hasta trescientos veinte días* (citaba aquí el *informe pericial* de un doctor en Medicina, en el expediente declaratorio de herederos *ab intestato* instado por la demandada).

3. La demanda termina con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º) que el menor X. no es hijo legítimo de la demandada doña M. y de su fallecido esposo don S.; 2.º) que el indicado menor es hijo natural de la demandada; 3.º) que, como consecuencia de lo anterior, es nula la inscripción de nacimiento del referido menor en el Registro Civil. Condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores de-

(30) Existía al parecer una carta remitida por la nuera por conducto notarial informando del nacimiento.

claraciones e imponiéndoles de forma expresa las costas por su evidente temeridad y mala fe.

4. El *Ministerio Fiscal* contestó a la demanda y se opuso a los hechos alegados, suplicando se dicte sentencia declarando no haber lugar a lo pedido por la demanda.

La *demandada doña M.* —por sí y en nombre de su hijo menor— contestó a la demanda, alegando lo expuesto, y terminó suplicando se dicte sentencia por la que se absuelva de ella a los demandados y se condene al actor a estar y pasar por tal pronunciamiento y al pago de las costas por su temeridad.

5. El Juzgado dictó sentencia absolviendo a la parte demandada, por caducidad de la acción, sin imposición de costas.

6. La Audiencia dicta sentencia, confirmando la sentencia del Juzgado, sin imposición de costas.

7. La parte demandante interpone recurso de casación por infracción de ley, en base a los siguientes *motivos*:

1.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 113 del Código Civil. Las sentencias de instancia y de la Audiencia consideran se está ante un caso de caducidad, dada la actitud del demandante ante la posible «ocultación» del menor nacido. La referencia a *la carta notarial recibida* no constituye ninguna certeza ni proporciona dato alguno que permita la identificación del referido supuesto hijo, ni aun menciona si se trata de hijo póstumo. El *cómputo* para la caducidad de la acción debe iniciarse a partir del momento en que el actor debió acudir al Registro de la Propiedad, a través de cuya inscripción tuvo conocimiento de tal filiación. Aun en el supuesto de no admitir tal razonamiento para el cómputo de la caducidad y se acudiera a la *fecha* de la recepción de la carta notarial, *el plazo debiera ser de tres meses* —y no de dos, como dice la sentencia recurrida—, porque *el heredero* del padre fallecido (en concreto, *el demandante don E.*) *no estaba presente* en el lugar del nacimiento ni en el lugar de la inscripción. Cita en su apoyo la *sentencia de 24 de enero de 1947*. Distingue el recurso en que *una cosa es* «tener conocimiento» de que una mujer ha tenido un hijo, y *otra cosa distinta es* «saber la filiación» atribuida legalmente a dicho hijo. La acción *ex* artículo 113 del Código Civil puede ser ejercitada por el marido o por los herederos de éste. En el *caso de herederos del marido fallecido* el conocimiento del hecho del nacimiento *no equivale* a presunción de legitimidad; tales herederos *podrán ejercitar* las acciones legales tendentes a impugnar la legitimidad *en tanto en cuanto* tengan conocimiento del «fraude» cometido por la viuda, en el sentido de inscribir como legítimo al hijo natural habido fuera del matrimonio. Tal *acción* de impugnación de legitimidad *es en base* a los supuestos del artículo 111 del Código Civil y *requiere* tener conocimiento de la filiación atribuida al nacido (lo que *equivale* a «descubrimiento del fraude»): la conducta de la demandada es un caso clarísimo de simulación y fraude, ya que no dio cumplimiento a los artículos 959 y 961 del Código Civil, y ante Notario reconoció la inexistencia de hijos de su matrimonio al tramitar la herencia a favor de su suegro, aquí recurrente.

2.º Infracción, por violación, del artículo 111, en relación con el 108 del Código Civil. Porque don S., hijo del demandante, *falleció* el 26 de mayo de 1966 —fecha de la disolución del matrimonio con la demandada—, en

tanto que el menor X. nació exactamente a los trescientos siete días subsiguientes al fallecimiento del que aparece ser su padre; este hecho destruye *per se* la presunción de legitimidad. Pero, además, aunque el plazo de trescientos días estuviera a favor de los demandados, es claro el artículo 108, 2.º, del Código Civil, y el marido de la demandada en esos primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo había fallecido, de modo que la «imposibilidad física» de que habla el artículo 108, 2.º, no puede ser más evidente. Por otro lado, para que sea real y verdadera la filiación legítima se precisa la concurrencia de varios requisitos: que la concepción se realice durante el matrimonio y que la paternidad sea del marido. Y en el presente caso se está ante una concepción «realizada cuando el matrimonio habíase disuelto por fallecimiento del marido» y, por tanto, la paternidad del marido es inexistente. La consecuencia no es otra que el fraude cometido por la demandada al inscribir como hijo legítimo de su fallecido esposo al menor demandado, cuando en realidad se trata de un hijo natural.

Visto siendo Ponente don Andrés Gallardo Ros.

Considerando único: Tanto la sentencia del Juzgado como la recurrida establecieron que el hijo cuya legitimidad se desconoce nació a los trescientos siete días del fallecimiento de su supuesto padre, siendo consecuencia obligada de tal declaración —de acuerdo con el artículo 108, en relación con el 111, ambos del Código Civil— que dicho nacido no está amparado por la presunción de legitimidad del artículo 108. Por lo cual, tanto el marido como sus herederos pueden desconocer la legitimidad del mismo, mas tal desconocimiento ha de ser necesariamente sancionado por los Tribunales de Justicia, puesto que lleva consigo la declaración de nulidad de la inscripción practicada, así como el derecho de madre e hijo de justificar la paternidad desconocida, siendo necesario ejercitar la correspondiente acción. La acción —absolutamente distinta a la regulada por el artículo 113 del Código Civil, concedida en los supuestos de presunción de legitimidad— no está sujeta a los plazos de caducidad establecidos para esta última y es imprescriptible, conforme a lo establecido en el artículo 1.936 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, por referirse al estado civil y filiación. Por ello, la sentencia recurrida ha incidido en la violación de los artículos 108 y 111 del Código Civil, que se denuncia en el segundo motivo del recurso, cuya estimación resulta obligada.

Fallo: Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación.

Segunda sentencia:

Considerando 1.º: Por los fundamentos de la sentencia de casación que precede y porque del conjunto de la prueba practicada no solamente no aparece acreditado hecho alguno que destruya la presunción de «ilegitimidad» establecida por el artículo 111 del Código Civil, sino que, por el contrario, toda la equivocada actuación de la demandada refuerza la misma, procede la estimación total de la demanda, sin que a esta decisión pueda ser obstáculo el hecho de que la madre y el hijo vivieran en el mismo inmueble que los parientes del marido, pues son cosas absolutamente distintas la existencia de un descendiente de la madre y la atribución de una filiación legítima al mismo, legitimidad que sólo puede ser conocida

a través de la inscripción en tal concepto en el Registro Civil a los actos de ella librados.

Considerando 2.º: *Es de apreciar temeridad en la demandada*, que debe por ello ser condenada al pago de las costas causadas en primera instancia.

Fallamos: Que, *con revocación* de la sentencia dictada en primera instancia, y *estimando totalmente* la demanda interpuesta, debemos declarar y declaramos... (31). Póngase en conocimiento del Encargado del Registro Civil, para la rectificación correspondiente.

NOTAS.—1. Lo curioso de este supuesto de hecho es *la concatenación de hechos decisivos*, que han merecido la atención del Tribunal Supremo.

A la hipótesis que *subyace* en este supuesto ya se había previsoriamente referido el maestro CASTÁN (32), recogiendo las opiniones y pareceres de MANRESA, SCAEVOLA, ROYO MARTÍNEZ, PÉREZ ARDA y la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1947 (33). Sintetiza las posibles hipótesis, distinguiendo según se practicó inscripción o no y según el marido (o los herederos de éste) conoció o no el nacimiento.

Es evidente que cabe *ocultación* del nacimiento, aunque la inscripción se haya practicado. Y toda la clave en tema de *ocultación* se refiere a las obligaciones que pesan sobre toda viuda encinta, conforme a los artículos 959 y siguientes del Código Civil.

2. Un punto trascendente es el derivado de la *distinción* que hace el Ponente en el Considerando único de la primera sentencia, al *separar* radicalmente la *acción ex artículo 111* y la *acción ex artículo 113*, declarando a *aquella* imprescriptible. En realidad, en el supuesto base de este pleito en que *cesa* la convivencia conyugal *por muerte del varón*, toda presunción de legitimidad ha de entenderse desaparecida y ello por la imposibilidad física de acceso para la procreación. Lo que ocurre es que, por haber la madre procedido a la inscripción del nacido, la acción de «desconocimiento» ha debido hacer *tránsito* a la de «impugnación». Es el supuesto de hecho lo decisivo en el caso resuelto por el Tribunal Supremo.

En un sentido similar a lo referido arriba, PERE RALUY (34) advierte que *la acción de impugnación de los artículos 111 a 113 del Código Civil es la destinada a desvirtuar la presunción* que establece, como regla general, el artículo 108, es decir, la que *se dirige a demostrar que la presunción* normalmente resultante de ese artículo *no responde a la realidad* en el caso concreto de que se trate. *En cambio, si ya no concurren inicialmente en el nacimiento* los presupuestos del párrafo primero del artículo 108, estima que *la acción no se halla sujeta a las restricciones* fijadas en los citados artículos 111 a 113 del Código Civil.

3. La poco afortunada *redacción del artículo 111 del Código Civil* ha originado graves quebraderos de cabeza a los autores (35), habiendo tenido alguno que afirmar que «el artículo 111 *no quiere decir* que el nacido después de trescientos días es legítimo *si* el marido o los herederos *no desconocen* la legitimidad, pues se prestaría a graves abusos, y además estaría

(31) Son las mismas declaraciones contenidas en el *suplico* de la demanda, más arriba expuestas.

(32) Véase *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º (colab. CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1958, págs. 34 y ss.

(33) Véase *in extenso* en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 2.º, Barcelona, 1970, págs. 39 y ss.

(34) Véase *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, tomo I, pág. 429.

(35) Véanse CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, págs. 26 y ss.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

en contradicción con la presunción del artículo 108. *El hijo nacido después de trescientos días es ilegítimo, a tenor del artículo 108...*» (36).

Parece lógico resumir la cuestión con estas palabras de PUIG BRUTAU: «... el artículo (111) debería dejar claramente establecido que *sólo* se refiere a los casos de *separación legal* efectiva de los cónyuges, y *no al de disolución del vínculo conyugal* o declaración de nulidad...» (37).

4. El tema siempre polémico del *fraude* aparece aquí delineado por una serie de hechos de la demandada, que en conjunto califica el Tribunal Supremo como «equivocada actuación» que refuerza la presunción de «ilegitimidad».

5. En resumen, decisión formal y materialmente justa, basada *exclusivamente* en la concatenación de los hechos ocurridos.

J. C. G.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO. FALTA DE CONSTANCIA EN EL REGISTRO GENERAL DE ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de dicha ciudad, conforme a las siguientes consideraciones:

Que en el caso de la litis a que el recurso se contrae se pretende la ineficacia de un testamento abierto otorgado ante Notario con el único y exclusivo fundamento fáctico de que «el precitado testamento de fecha veintiséis de junio de mil novecientos setenta se estima nulo de pleno derecho, al no haber constancia del mismo en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad», por lo que se procedía a impugnarlo con la finalidad de que se declarase su nulidad, y la validez total del testamento de fecha dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

Que el propio recurrente a su escrito de demanda acompañó sendas copias autorizadas de los dos testamentos antes referidos, asumiendo la autenticidad y exactitud de tales copias, ya que en relato alguno de su precitada demanda la cuestiona, por lo que, de conformidad a lo preceptuado en la regla primera del artículo quinientos noventa y siete de la Ley procesal civil, han de tenerse por legítimas y eficaces sin necesidad de cotejo.

(36) Véase DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1959 (nueva edición), tomo II, página 622.

(37) *Op. cit.*, pág. 28. Subrayados míos (J. C. G.).

Que resalta la corrección de la resolución de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, denegando el recibimiento a prueba en segunda instancia, por cuanto: *a)* la pericial caligráfica, también denegada en la primera, al objeto de dictaminar sobre la autenticidad de la firma del Notario autorizante del testamento de fecha veintiséis de junio de mil novecientos setenta, obrante en la matriz incorporada a su protocolo, se refiere a cuestión totalmente ajena a los hechos fijados definitivamente en la demanda y contestación, y como tal claramente impertinente, ya que, en otro sentido, no se parte de la afirmación de la existencia de determinados hechos, sino que se intenta con la prueba su averiguación, lo que es contrario a la naturaleza de los litigios de índole civil en que está vedado probar por procedimientos inquisitivos; *b)* la documental referente a que se libre oficio al Registro General de Actos de Ultima Voluntad para que remita certificación con relación a los testamentos otorgados por doña R. J. J., sino que, practicado en primera instancia, se debe exclusivamente a causa imputable al aquí recurrente que no acompaña al proponerla, omisión en que también incurre al articularla en segunda instancia la certificación de defunción de la referida señora, certificación de defunción de ineludible exigencia para que el Registro General de Actos de Ultima Voluntad expidiera la que se le interesaba, conforme a lo imperativamente dispuesto en el artículo siete del Anexo segundo al vigente Reglamento Notarial de dos de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro; y *c)* la prueba de cotejo con sus originales de las copias autorizadas de los testamentos otorgados por doña R. J. J., con fechas dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y nueve y veintiséis de junio de mil novecientos setenta, al haber acompañado con su demanda dichas copias el propio recurrente, haciendo alusión a las mismas sin cuestionar en momento alguno su autenticidad o exactitud, comportaba la consecuencia de que se tuvieran por legítimas y eficaces sin necesidad de cotejo, apareciendo, en su consecuencia, dicha prueba como impertinente, estando fuera de toda lógica que el litigante que aporta un documento público para fundamentar su pretensión trate de cuestionar en período probatorio la veracidad de su contenido.

CONMUTACION DEL USUFRUCTO VIDUAL. ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de esta capital, de acuerdo con la siguiente doctrina:

Que el único de los tres motivos articulados, cuya correcta formulación procesal permite su examen en cuanto al fondo, es el primero, que, amparándose, como los ya examinados, en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia violación por

inaplicación de los ochocientos treinta y nueve y mil setecientos trece del Código Civil, que tampoco es susceptible de estimación, porque lo que el primero de los preceptos citados establece es que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de común acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial», lo que se relaciona con cuanto se declara en el Considerando quinto, recogiendo lo expresamente confesado por la en su día demandada —después recurrente—, que proclama la conformidad de la misma con la adjudicación de bienes en pago de su cuota legal usufructuaria, como exige el artículo ochocientos treinta y nueve del Código Civil, habiéndose ajustado el Albacea-contador-partidor a todo lo ordenado por el causante y a las disposiciones legales vigentes; a causa de lo cual el alegato que se hace en el recurso va en contra de los actos propios de la recurrente, lo que no puede desvirtuarse con cuanto ahora se sostiene de que en el acuerdo que requiere la ley no concurrieron cuatro de los herederos que estaban ausentes, siendo así que estuvieron representados por uno de los presentes, según manifestó el Albacea y confirmó el Juzgador, con declaración al respecto que no puede impugnarse válidamente en casación con meras consideraciones relativas al modo de acreditar la representación, en relación con lo dispuesto en el artículo mil setecientos trece del Código Civil, porque el ochocientos treinta y nueve nada dice sobre el particular y la concurrencia o no del acuerdo exigido es, por tanto, un dato que, como hecho, depende de la apreciación del Juzgador, sólo combatible por la vía del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de enjuiciar, que aquí no se utilizó.

INSTITUCION DE HEREDERO CONFORME A CAPITULACIONES MATRIMONIALES ARAGONESAS. ARTICULOS 34 Y 58 DEL APENDICE DE ARAGON (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que, contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Barbastro, ha interpuesto la parte actora y apelante, en virtud de las siguientes consideraciones:

Que antes de proceder al análisis de los cuatro motivos en que el recurso se fundamenta, al haber sido renunciado el articulado como tercero en el acto de la vista ante este Tribunal, no es ocioso dejar establecido que la sentencia de segundo grado, recurrida, acepta sin ninguna condicionalidad los fundamentos de fondo de la pronunciada por el Juzgado, «plasmados en su Considerandos», hasta el punto de consignarse en el último de los Considerandos de aquélla que sus razonamientos constituyen un resumen de las bases de hecho y de derecho «en que acertadamente se apoya la sentencia apelada», y ello hace que cualquier referencia que se contenga en la presente resolución respecto a la sentencia de primer grado lo sea al propio tiempo de razonamientos que sirven de base al fallo de la sentencia de la Audiencia, al haber sido asumidos por la misma.

Que en el primer motivo del recurso, al amparo del ordinal tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción, por violación, del artículo trescientos cincuenta y nueve de la propia Ley, por entender la parte recurrente que el Fallo de la sentencia de la Audiencia, íntegramente confirmatorio de la del Juzgado, no contiene declaración sobre las pretensiones contenidas en el suplico de su demanda bajo los apartados *a)* y *b)* del punto primero, así como de las contenidas en los puntos segundo, tercero y cuarto de dicho suplico, motivo que ha de ser desestimado, habida cuenta, en primer lugar, de que el meritado Fallo desestima sin ningún distingo la demanda y contiene un claro pronunciamiento por el que se absuelve de la misma a los demandados, y sabido es que, como ya dijo la sentencia de esta Sala de diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, «el pronunciamiento absoluto de la demanda abarca, en términos generales, la desestimación de todas las pretensiones formuladas, ya haya precedido al Fallo el examen jurídico de todas ellas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente al examen de la cuestión principal, si las mismas están ligadas a ella por vínculo de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquella determine necesariamente la de las demás a ella subordinadas»; en segundo lugar, porque en el caso concreto de la litis el análisis y consiguiente necesidad de dictar un pronunciamiento expreso en relación a los puntos segundo, tercero y cuarto del suplico de la demanda quedaba subordinado a la previa estimación de lo postulado en los apartados *a)*, *b)* y *c)* de su punto primero, en orden a la nulidad de las escrituras públicas de primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve a que dichos apartados se contraen, y, por último, respecto a los referidos apartados *a)* y *b)* del punto primero, el quinto Considerando de la sentencia del Juzgado establece que, caso de ser plenamente válida la institución de heredero efectuada a favor del demandado don J. C. F. en la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve y el citado don J., único heredero de don A. C. P., carecen las demandantes de toda legitimación, por falta de interés, para instar la nulidad de las donaciones hechas en beneficio de don A. C. F. el primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho y quince de septiembre de mil novecientos cincuenta, toda vez que, en su caso, los bienes entonces donados revertirían a la herencia del causante, con beneficio exclusivo para el heredero instituido, único interesado y, por tanto, único titular de las referidas acciones de nulidad, argumentación que conduce a la sentencia del Juzgado a analizar prioritariamente el tema de la validez o nulidad de la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, para concluir en su antepenúltimo Considerando, tras proclamar la validez de dicha escritura, que las razones consignadas en el quinto Considerando dispensaban entrar a examinar la validez de las donaciones efectuadas a favor de don A. C. F., también impugnadas, con la consiguiente desestimación de la demanda en su totalidad, es decir, que la sentencia recurrida, con estimable fundamentación, señala una cuestión principal y destaca que las otras dos, o sea las planteadas por las postulaciones contenidas en los apartados *a)* y *b)* del punto primero del suplico de la demanda, están ligadas a ella por vínculos de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquella determina necesariamente la de las otras dos a la misma subordinadas, todo lo que

conduce rectamente a la conclusión de que la resolución impugnada analizó en su integridad las cuestiones litigiosas, pronunciándose en su fallo sobre todas ellas, siendo tema distinto y ajeno al de la congruencia fundamento del motivo el que podría ofrecer la corrección o incorrección de los razonamientos por los que se desestiman las pretensiones contenidas en los apartados *a)* y *b)* del punto primero del suplico de la demanda tantas veces mencionado, pues para que quedaran desvirtuados se requería fueran atacados por vía distinta a la que ofrece el ordinal tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley procesal civil, acusando una violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la propia Ley en la que no incidió la sentencia recurrida.

Que en el segundo motivo del recurso, por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa de violación, por inaplicación, del artículo cincuenta y ocho, párrafo primero, del Apéndice del Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de siete de diciembre de mil novecientos veinticinco, entendiendo la parte recurrente que la cláusula cuarta de las capitulaciones matrimoniales de dieciocho de octubre de mil novecientos diecisiete, en ocasión del matrimonio celebrado entre doña J. F. L. y don A. C. P., cláusula según la que «caso de morir los contrayentes o cualquiera de ellos sin testar ni de otra manera disponer de sus bienes, de los del que así muera, quedándole hijos, dispondrán en favor de éstos en el modo, tiempo y proporción que estimen convenientes el sobreviviente y un pariente más cercano del cónyuge premuerto...», no autorizaba al cónyuge sobreviviente, en el caso doña J. F., y pariente más cercano a instituir heredero tal como se había verificado en la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, significando, además, las recurrentes que, en todo caso, era también inválida tal institución por no sujetarse a las formalidades exigibles, entre ellas la presencia de dos testigos instrumentales, según disponía el artículo veintinueve del Apéndice; mas dado que, al respecto de lo que es fundamento del motivo, la sentencia del Juzgado en su octavo Considerando interpreta la cláusula capitular cuestionada en el sentido de que los fiduciarios comisarios podían proceder al nombramiento de uno de los hijos como heredero universal del causante, padre de éste, a tal interpretación ha de estarse al no haber sido atacada acusando la infracción de los artículos mil doscientos ochenta y uno y siguientes del Código Civil, únicos hábiles para conseguir desvirtuar las apreciaciones que en materia de hermenéutica contractual verifique el Tribunal sentenciador en la instancia, a lo que es de añadir que el artículo cincuenta y ocho del mencionado Apéndice correspondiente al Derecho Foral de Aragón hay que relacionarlo para determinar su alcance con lo dispuesto en su artículo treinta y cuatro, prohibitivo de que tenga lugar la sucesión legítima si, cual sucede en el caso de la litis, la sucesión del causante está ordenada por capitulación matrimonial, de lo que se deduce la posibilidad de que la necesaria designación de heredero —óbice a la apertura de la sucesión legítima— sea facultad que correctamente pueda atribuir la capitulación matrimonial a los fiduciarios comisarios, razón por la que al no ser tal atribución nula de pleno derecho hay que estar, por lo antes razonado, a la interpretación que respecto a la repetida cláusula capitular cuarta se contiene en la sentencia recurrida, todo lo que determina el rechazo del motivo, ya que, de otra parte, la actuación de los fiduciarios comisarios, aun supuesta la apli-

cación al caso debatido de la preceptiva contenida en el artículo veintinueve del Apéndice mencionado, ha de constar en escritura pública, para cuya formalización no es necesaria la concurrencia de los testigos instrumentales que para otorgar testamento es exigencia del artículo veintiuno del Apéndice.

Que en el motivo cuarto del recurso, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación por inaplicación del párrafo tercero, *in fine*, del artículo cincuenta y ocho del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de siete de diciembre de mil novecientos veinticinco y del número tercero del artículo doscientos once del Código Civil, con fundamento en que con relación a los actos jurídicos celebrados los días dos de abril de mil novecientos treinta y seis y primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho interviene como el pariente más próximo del causante de actores y demandados don A. C. P., a que se refiere la cláusula cuarta de las capitulaciones matrimoniales del contraído entre dicho causante y doña J. F. L., don M. C. P., siendo así que el pariente más próximo a quien correspondía intervenir en el otorgamiento de los instrumentos públicos donde tales actos jurídicos se reflejaron era don A. C. P., por ser de mayor edad que el citado don M., habiendo de decaer este motivo al igual que los anteriores, por cuanto en lo referente al instrumento público, autorizado por el Notario, de dos de abril de mil novecientos treinta y seis, se plantea con la denuncia de supuestas irregularidades en su otorgamiento una cuestión «totalmente» nueva, ajena al contenido de lo postulado por las recurrentes en los escritos fundamentales del pleito —demanda y réplica—, y con respecto al que, por ende, no puede dictarse resolución alguna que pueda afectar ni aun en términos discursivos a su nulidad o validez, y por lo que afecta a la escritura pública de primero de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, ya ha sido argumentado que al no haber sido atacada la fundamentación de la sentencia del Juzgado donde se razona la falta de «interés» de las recurrentes para postular su nulidad, en el supuesto de proclamarse la validez de la institución de heredero contenida en la escritura pública de trece de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, lo que en este trámite casacional sólo procedería de estimarse el quinto motivo, queda vigente la aludida fundamentación, a lo que es de añadir, además que la afirmación contenida en el cuarto Considerando de la sentencia de la Audiencia «de que no hay base para considerar inidóneo al (pariente) que en cada caso intervino en cumplimiento de la fiducia testamentaria en representación de los intereses de la familia del premuerto», sólo podía ser desvirtuada impugnándola por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley procesal civil, estableciendo al respecto los presupuestos fácticos que permitieran llegar a conclusión contraria.

Que igualmente es desestimable, al hacer en términos absolutos supuesto de la cuestión debatida, el motivo quinto y último del recurso, pues la infracción por aplicación indebida que acusa del número segundo del artículo mil doscientos sesenta y tres del Código Civil, por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo podía tener como fundamento, que amparara su prosperabilidad, la admisión de que doña J. F., al otorgar los instrumentos públicos cuya nulidad se postula en la demanda, no podía prestar el opor-

tuno consentimiento al hallarse privada de las necesarias facultades de raciocinio, aseveración que al ser totalmente discorde con las afirmaciones fácticas contenidas en el sexto Considerando de la sentencia del Juzgado requería como imprescindible apoyo que por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, se hubiera conseguido por las recurrentes desvirtuar aquellas afirmaciones fácticas, obteniendo la base de hecho que hiciera permisible establecer conclusiones distintas a las que sienta la sentencia recurrida, como resultancia de un *minucioso* análisis de las pruebas practicadas, en orden a la capacidad de doña J. F. para prestar su consentimiento.

F. C. L.