

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
y JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA

III. CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS

CONVERSION DE APARCERIA EN ARRENDAMIENTO. La palabra «año», sin más, se emplea en el lenguaje culto y en el usual para designar el período de los doce meses naturales a partir de cualquier fecha, con idéntico sentido en derecho mientras las partes contratantes o la norma no disponga otra manera de computarlo; el Reglamento de fincas rústicas abona lo expuesto como enseña («ad exemplum»). El artículo 9 al utilizar la palabra «año» con relación a los plazos mínimos de los arriendos, empleando la expresión «año agrícola» para designar el supuesto excepcional de entenderse el período anual de modo diferente al ordinario y normal (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1970.)

Demanda. En 1953 se concertó aparcería entre actor y demandado por tiempo de seis años, en 1962 convinieron un nuevo contrato de aparcería en documento privado por tres años; en 1965 reconocen que en 1962 «firmaron un contrato de arrendamiento de una finca rústica», cuyo contrato, de acuerdo ambas partes, lo anulan y celebran otro, por lo que el de 1965 no es de prórroga del pactado en 1962, sino uno nuevo que se concertó por tres años, pero por las cláusulas estipuladas el plazo no coincidía con las dotaciones de cultivo; el 23 de diciembre de 1967 la propietaria manifestó ante notario que tenía cedida la finca en aparcería desde el 26 de diciembre de 1953 por tiempo de seis años y que se regulara al aparcero-cultivador para que diese por terminado el contrato «al término de las próximas cosechas correspondientes a la actual rotación del cultivo, sin más prórroga ni dilación».

Suplico. Sentencia declarando el derecho a optar a la transformación del contrato de aparcería dejando para el período de ejecución de sentencia las demás, actuaciones necesarias para el cumplimiento del fallo.

Contestación. El documento de 1962 añadía «algunas pequeñas modificaciones», pero no afectaba al contrato básico de 1953 y lo mismo puede decirse del nuevo documento de 1965.

Primera Instancia. Desestima la demanda.

Apelación. Confirma la sentencia.

Recurso de Revisión.

Motivos. «Primero Al amparo de la causa 4.ª del número 4 del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959, por considerar se ha cometido injusticia notoria, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, la sentencia recurrida declara, en su considerando primero, que no obstante los tres documentos firmados entre las partes litigantes, ha de estimarse que existió un único contrato dada la similitud de las cláusulas de los mismos y la continuidad de las relaciones jurídicas habidas entre las partes, arguyendo que cada uno de ellos no era más que una simple prórroga del anterior; Segundo, al amparo de la causa 4.ª del apartado 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por error de hecho en la apreciación de la prueba, en resumen, el contrato que liga a las partes estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 1968, día anterior a Todos los Santos, a cuya conclusión se llega por la armonización del pacto contractual, Tercero, al amparo de la causa 3.ª del apartado 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por infracción por violación, del apartado primero digo párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil; Cuarto, al amparo de la causa 3.ª del número 4.º del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por infracción, por aplicación indebida, del párrafo 2.º del artículo 1.281 del Código civil, motivo, que no es más que la conjugación por pasiva del anterior y se formula *ad cautelam*, por el supuesto de que se considere que la injusticia cometida no le ha sido por inaplicación del párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, sino por aplicación errónea e indebida del párrafo 2.º del meritado precepto; Quinto, al amparo de la causa 3.ª del número 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por considerar se ha cometido injusticia notoria, por infracción, por violación de los números 1 y 2 del artículo 44 de dicho Reglamento; Sexto, al amparo de la causa 3.ª del número 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por estimar se ha cometido injusticia notoria por violación del artículo 1.204 del Código civil; Séptimo, al amparo de la causa 3.ª del número 4 del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959, por injusticia notoria cometida al infringir la sentencia recurrida el número 3 del artículo 49 del mismo cuerpo legal».

«Considerando: Que no merece acogida el primero de los motivos, porque la sentencia recurrida no desconoce el contenido de la cláusula 1.ª del documento de 20 de marzo de 1965, ni su eficacia demostrativa, sino que, en valoración conjunta de los antecedentes de hecho inducidos de los elementos de juicio del proceso, interpreta el negocio jurídico de la aparcería concluido entre las partes como una continuación de los anteriores (prórroga en sentido lato), con alguna modificación no sustancial, descartando así el tema de la

esfera de la apreciación de la prueba documental para convertirlo en *quaestio iuris*, de interpretación del contrato, cuyo tratamiento en revisión exige cauce procesal de amparo distinto al elegido, como así viene a reconocer en definitiva la parte actora».

«Considerando: Que lo expuesto es aprovechable en lo esencial para la repulsa del segundo de los motivos, porque, en lo que afecta a la cláusula 3.ª del documento de 20 de marzo de 1965, es más concluyente aún la prevalencia de la cuestión interpretativa sobre la de valoración de prueba, toda vez que el demandante reconoce que el convenio guarda silencio en el extremo de si los tres años han de entenderse naturales o agrícolas.»

«Considerando: Que idénticos fracasos corresponden a los motivos 3.º, 4.º y 6.º porque: a) los términos del último párrafo del número 3 del artículo 49 del Reglamento, excluyan toda duda en orden a que la interpretación gramatical y teleológica evidencia que el texto contempla una situación de disfrute de la finca rústica, en régimen de aparcería, durante el plazo superior al señalado preceptivamente en el artículo 9; sin autorizar distinciones entre el supuesto en que el contrato inicial de aparcería rebase el señalado por la Ley a los arrendamientos, es que el término que excede al expresado en el mencionado artículo se opere en virtud de prórrogas tácitas y al que tiene lugar por convenios expresos sucesivos, con o sin modificaciones en relación a los anteriores, razón que hace completamente innocuo el *proble ad* interpretación de la cláusula 1.ª del documento de 20 de marzo de 1965; b) si a los fines del pleito ha de entenderse por prórrogas de la aparcería la continuidad en el goce de la finca, en base a una relación del mismo tipo que se prolonga tácitamente o por escrito, en condiciones idénticas o con variaciones distintas al objeto principal, es obvio que la Sala no interpretó arbitraria o ilógicamente el conjunto de los vínculos que mediaron entre las partes, ni desconoció el valor de la expresión 'anular' innecesariamente introducida en el documento, dado el contrato de 1965; aparejaba, *per se*, la ineficacia del de 1962 al sustituirlo con la expresión detallada de su contenido; c) consecutivamente a lo anterior es intrascendente la cuestión de si el contrato de 1965 implica una novación extintiva o simplemente modificativa del de 1962, por lo que decae el sexto de los motivos.»

«Considerando: Que tampoco puede acogerse el quinto de los motivos, porque: a) no existe laguna en la cláusula 3.ª del contrato de 20 de marzo de 1965 que exija la integración mediante los usos y costumbres locales, pues la palabra 'año', sin más se emplea en el lenguaje culto y en el usual para designar el periodo de los doce meses naturales a partir de cualquier fecha, con idéntico sentido en derecho mientras las partes contratantes o la norma no disponga otra manera de computarlo; b) el Reglamento de fincas rústicas abona lo expuesto como enseña ('*and exemplum*') el artículo 9 al utilizar la palabra 'año' con relación a los plazos mínimos de los arriendos, empleando la expresión 'año agrícola' para designar el supuesto excepcional de entenderse el periodo anual de modo diferente al ordinario y normal; c) la propia conducta de las partes revela con toda claridad que el cómputo de los tres años de duración del contrato, a contar desde hoy (20 de marzo de 1962), lo entendían de fecha a fecha, y en consecuencia de la invalidez de la prórroga no documentada concluyen el 20 de marzo de 1965, al extinguirse en ese día el de 1962, y al coincidir los términos de la cláusula en ambos contratos, carece de base seria la tesis que propugna la inteligencia de aquella de manera distinta a como la cumplieron las partes en el anterior; trascendiendo jurídi-

camente esta conducta en la interpretación del negocio con toda la eficacia que a los actos anteriores, coetáneos y posteriores otorga el artículo 1.282 del Código civil y la reiterada doctrina legal formada en su aplicación.»

«Considerando: Que, establecido lo anterior, se impone rechazar el último de los motivos, porque haciendo supuesto de la cuestión, se asienta en el hecho de que el contrato vencía el 31 de octubre de 1968, no el de 20 de marzo, y si bien es cierta la posibilidad de desviar la doctrina jurisprudencial, que exige que la acción se ejercite ante el órgano jurisdiccional durante la vigencia de la aparcería, para no dar paso al posible fraude del derecho del aparcerero si la declaración de voluntad recepticia hecha por el propietario en orden a la no continuación de aquella tiene lugar de modo que no ofrezca margen de tiempo hábil, normalmente suficiente para que el cultivador actúe su derecho ante los Tribunales, en el caso de la litis el requerimiento a la entrega de la finca se verificó el 23 de diciembre de 1967, y es obvio que si hasta el 20 de marzo de 1968 no vencía el plazo contractual, estuvo en condiciones el actor para ejercitar en forma su derecho ante el Juzgado dentro de la vigencia del contrato.»

«Considerando: Que es de apreciar temeridad en la interposición del recurso a efectos de imposición de costas.»

Fallo. No ha lugar al recurso de revisión.

RETRACTO DE FINCAS RUSTICAS. La sentencia estima simulado el contrato de arrendamiento rústico por lo que no puede tenerse por documento auténtico a efectos del recurso por el cauce seguido. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1970.)

Demanda: En el escrito se describen las fincas, se determinan los precios correspondientes, se efectúa su consignación, «pero si la cuantía fuera distinta hace constar estar dispuesto a consignar lo que fuere preciso para cumplir el requisito legal de la consignación», se acompaña el contrato de arrendamiento y se manifiesta que no se notificó al actor la compra efectuada.

Suplico: Sentencia declarativa sobre el derecho a retraer.

Contestación: El actor intervino en la subasta, hizo postura y firmó el acta de remate; en el acto de contrato dicho actor manifestó que existía un contrato de arrendamiento que no quiso transcribir en el acta pese al ruego del hoy demandado, se aducían varias razones para considerar sospechosa la actitud basada en esta supuesta relación arrendaticia, pero aun suponiendo no sospechoso el prolongado silencio del actor y aun admitiendo la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, por la fecha de este contrato de arrendamiento (posterior a la hipoteca constituida por el antiguo dueño de las fincas) el actor sería hoy sólo un precarista.

Suplico: Sentencia desestimando la demanda con imposición de costas al actor.

Primera instancia. Desestima la demanda, sin expresa imposición de costas.

Apelación: Confirma la sentencia de Primera Instancia sin atribución exclusiva de las costas causadas en el doble trámite procesal seguido.

Revisión «por infracción de precepto legal y por manifiesto error en la apreciación de la prueba».

Motivos: «Primero.—Amparado en la norma 7.ª de la Disposición Transitoria 3.ª, causa 3.ª, por injusticia notoria, por infracción de precepto legal en consonancia con la Norma 3.ª del número IV del artículo 52 del Reglamento en consonancia también con el artículo 4.º de la Ley de 17 de julio de 1953.—La sentencia recurrida interpreta erróneamente el contenido de la Norma que contiene el artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, aunque seguramente por error mecanográfico y material señale el artículo 111 de la misma, al estimar en su penúltimo y fundamental considerando que en procesos de arrendamiento rústico la hipoteca pulveriza, cuando su efectividad llega, cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso o disfrute figuren establecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquélla, momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos; Segundo.—Amparado en la Norma 7.ª de la Disposición Transitoria 3.ª, causa, 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, artículo 4.º de la Ley de 17 de julio de 1953 y causa 3.ª del número IV del artículo 52 del Reglamento, ya que la sentencia recurrida produce injusticia notoria por infracción del precepto legal contenido en el artículo 16 del Reglamento de 29 de 1959, en relación con el mismo artículo de la Ley de 15 de marzo de 1955, puesto que la resolución recurrida desconoce en mi mandante el derecho a ejercitar el derecho de retracto, subrogándose en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión mediante los reembolsos determinados en el artículo 1.518 del Código civil; Tercero.—Lo invocó al amparo del número IV del apartado 4.º del artículo 52 del Reglamento en consonancia con la Norma 7.ª de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940 y el artículo 4.º de la de 17 de julio de 1953, injusticia notoria por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta acreditada por la existencia de los autos del documento número dos de los acompañados a la demanda de mi parte que es el contrato privado de arrendamiento de las fincas de los autos, suscrito en 18 de agosto de 1966, suscrito entre la propietaria y mi mandante corroborado por los demás que le acompañan y que no ha sido impugnado en ninguna de las dos resoluciones recaídas en estas actuaciones».

«Considerando: Que por su decisiva influencia respecto a los restantes temas de revisión contenidos en el escrito de formalización del recurso, debe darse prioridad al examen y resolución del tercero y final de ellos.

En el caso que se enjuicia el supuesto error se refiere a la apreciación del propio contrato de arrendamiento que, en definitiva, la sentencia recurrida en revisión estima simulado, con lo que no puede tenerse por documento auténtico a efectos del recurso por el cauce seguido, sin que por otra parte las restantes alegaciones formuladas en el motivo dirigidas a demostrar el error de hecho, devirtuen en forma alguna el juicio de esta clase en la combatida sentencia consignado, por lo que el mismo debe estimarse intacto y a su contenido atenerse para resolver sobre la aplicación del derecho».

«Considerando: Que los dos restantes motivos de recurrir ambos adecuadamente amparados en la causa tercera del número 4 del artículo 52 del Reglamento unificador de la legislación sobre Arrendamientos Rústicos, aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959, deben ser desestimados porque tanto la cuestión relativa a la extinción del contrato de arrendamiento por la ejecución del procedimiento judicial sumario regulado por el mencionado artículo

lo 131 de la Ley Hipotecaria, a la que en la sentencia impugnada y a mayor abundamiento se hace referencia, como la atinente al ejercicio del derecho de retracto para subrogarse en las condiciones estipuladas en contrato de transmisión de fincas rústicas que el artículo 16 del Reglamento citado establece, exigen para que deban plantearse, se dé la circunstancia previa de existencia de contrato válido de arrendamiento que pudiera estimarse extinguido, antes de nacer el derecho al retracto o del que emane éste y como del juicio de hecho firme tanto la existencia de contrato válido de arrendamiento, como de la cualidad de arrendatario del actor, no aparece con la base probatoria sólida que resulta indispensable, según tiene proclamado la Sala y así en sentencia de 25 de enero de 1968, vista es la procedencia de la indicada desestimación de los examinados motivos al igual que lo fue el que en el estudio les precedió y, con ellos, la del recurso de revisión que integran.

«Considerando: Que la Sala estima no ha lugar a pronunciamiento especial en cuanto a costas».

Fallo. No haber lugar al recurso de revisión planteado.

E. I. M.

IV. FAMILIA

ALIMENTOS INTERCONYUGALES. *Demanda de cese de alimentos interconyugales. Cuestión acerca de si hay incompetencia del Juzgado por razón de la materia.* **LOS ALIMENTOS EN LA FASE DE LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. EXTINCIÓN DE LA DEUDA ALIMENTICIA:** De LA LASTRE C. AVILA. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1969.)

Doctrina de la sentencia: Es indispensable citar el precepto legal que atribuye al Juez o Tribunal competencia por razón de la materia... que le está asignada, y que lo ha infringido dejando de conocer cuándo estaba obligado a ello o conociendo a pesar de no pertenecerle. La fijación de alimentos definitivos se hizo en juicio declarativo de mayor cuantía, por lo que es evidente que el cese de los efectos de la ejecutoria en él recaída ha de ventilarse en otro proceso autónomo de igual rango. El derecho a percibir alimentos está subordinado al cumplimiento por el cónyuge alimentista de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, entre ellos el de fidelidad a su consorte... por lo que no cabe duda que es perfectamente aplicable el número 4.º del artículo 152 del Código civil. Los artículos 1.430 y 1.432 del Código civil son inaplicables a este proceso, en el que lo único discutido es el cese de la obligación de prestación alimenticia.

Antecedentes: Los litigantes habían sostenido un proceso de separación conyugal ante el Tribunal Eclesiástico (1), que dictó sentencia concediendo a la esposa la separación conyugal por tiempo indefinido, por causa de sevicias, y al marido la separación perpetua, por adulterio de la esposa y por sevicias

(1) Puede verse un resumen de tales incidencias en los antecedentes sobre la sentencia de 10 de octubre de 1967, en esta misma sección, REVISTA núm. 471, de marzo-abril de 1969, páginas 449 y sigs.

por parte de ésta. 2. Hubo también una serie de procesos incidentales entre ambos: alimentos, litisexpensas, etc. 3. Posteriormente el marido había demandado el cese de los alimentos interconyugales *en ejecución* de la referida sentencia canónica, acordándose no haber lugar a ella, pero *sin perjuicio* de solicitarlo del Juzgado que acordó tal medida—todo ello según *auto* de la Audiencia de 5 de octubre de 1962—. 4. En consecuencia, el marido entabló esta presente demanda mediante escrito que por reparto correspondió al pertinente Juzgado (este Juzgado era distante al que acordó en su día la obligación del esposo de dar alimentos a su esposa), pidiendo el cese de la deuda alimenticia.

La esposa demandada formulaba *reconvención* solicitando se elevase a treinta mil pesetas mensuales la pensión alimenticia. En su *contestación* a la demanda, tras relacionar los distintos procedimientos judiciales habidos entre las partes, suplicaba se dictase sentencia declarándose incompetente el Juzgado para conocer de la misma o, subsidiariamente, la desestimación de la demanda.

Tras los trámites de Réplica, Dúplica y Recibimiento a prueba, el Juzgado dictó sentencia en 28 de febrero de 1967, desestimando la excepción de incompetencia y estimando la demanda, por la que declaró procede el cese de la obligación de dar alimentos el actor a su esposa demandada (2).

Apelada dicha sentencia por la demandada, la Audiencia Territorial dictó sentencia el 12 de diciembre de 1967, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, la demandada interpuso *en primer lugar* un recurso de casación por *quebrantamiento de forma*, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1968 (3). Además, *en segundo lugar*, interpuso recurso de casación por *infracción de Ley* en base a los siguientes *motivos*:

1.º Fundado, en el artículo 1.692-6.º LEC: la sentencia recurrida rechaza la excepción de falta de competencia objetiva del Juzgado, ya que la materia objeto de la litis sólo puede corresponder a otro Juzgado (el que en su día acordó conceder la obligación alimenticia a la esposa); además, las causas jurídicas invocadas para la extinción de la obligación alimenticia son *las mismas* que las alegadas por el marido en el pleito seguido *en ejecución* de la sentencia canónica a los efectos civiles, litigio resuelto por el *auto* de 5 de octubre de 1962 (4), por lo que la *acción* planteada en estos autos es reproducción substantiva de la resuelta en firme por dicho *auto*.

2.º Fundado en el artículo 1.692-1.º LEC: la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 152-4.º en relación con los 855-1.º y 105 del Código civil, ya que únicamente el cónyuge inocente puede pedir la separación matrimonial invocando las causas legítimas, y por ende sólo el cónyuge inocente tiene derecho a *negar* alimentos al culpable de desheredación; siendo hecho probado que el marido *no es* inocente en la separación conyugal, carece, por tanto, del derecho reconocido en el artículo 152-4.º.

3.º Fundado en el artículo 1.692-1.º LEC: el fallo recurrido infringe, por violación, los artículos 73-5.º y 1.434 y concordantes del Código civil, y la doctrina legal sobre ellos (cita sentencias del Tribunal Supremo de 13-10-1953 y de 10-12-1959), de los que se deduce que la esposa demandada tiene derecho a

(2) Véase esta resolución y un resumen de estos mismos *antecedentes* en esta REVISTA, número 473 de julio-agosto de 1969, págs. 1.103 y sigs.

(3) Véase la exposición de tal sentencia, en *loc. cit.* en nota 2: págs. 1.103 y sigs.

(4) Véase antes en el antecedente 3.

ser atendida por el marido para su sostenimiento y mientras se tramita la separación de bienes, percibiendo la oportuna pensión alimenticia.

4.º Fundado en el artículo 1.692-1.º LEC: el fallo recurrido, al desestimar la reconvencción, infringe por interpretación errónea, el artículo 1.430, el 1.432 y siguientes del Código civil y la doctrina legal contenida en sentencia de 28 de mayo de 1896, ya que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales *mientras* se hace la liquidación del caudal inventariado y *hasta* que se le entregue su haber, rebajándose de éste (la pensión alimenticia) en la parte en que excedan de lo que le hubiere correspondido por razón de frutos o rentas.

El Tribunal Supremo rechaza también este recurso, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Jacinto García Monge, sentando la doctrina que sigue:

Considerando: Que la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente establecida la distinción entre las dos clases de incompetencia que pueden producirse, siendo la regulada en el número sexto del artículo 1.692, en el que se ampara el motivo primero del recurso, la que se origina cuando el Tribunal carece de competencia por razón de la materia o del grado de la jurisdicción, y *procede* cuando han conocido los Tribunales ordinarios de una cuestión cuyo conocimiento no les está atribuido, o, cuando injustificadamente se hubiesen abstenido de conocer, con lo que se aborda, en realidad, un problema de jurisdicción, dado que dicho número sexto es el cauce adecuado cuando, aun dentro de la misma jurisdicción ordinaria, se halla atribuida por razón de la materia la competencia funcional a determinados órganos jurisdiccionales con exclusión de otros; por lo que es indispensable citar el precepto legal que atribuye al Juez o Tribunal competencia por razón de la materia, de la cuantía o de la jerarquía que le está asignada, y que lo ha infringido dejando de conocer cuando estaba obligado a ello, o conociendo a pesar de no pertenecerle.

Considerando: Que la recurrente no observa la doctrina expuesta, dado que no cita la norma legal que imponga la falta de jurisdicción que invoca, defecto que hace perecer el motivo primero; y cómo, además, el auto en que ésta se basa de 5 de octubre de 1962 no puede imponer competencia al Juzgado que entiende de la ejecución de la sentencia del Tribunal Eclesiástico, y así lo declaró éste en auto de 29 de diciembre de 1962, confirmando la apelación por el de 11 de septiembre de 1963, y la fijación de alimentos "definitivos" se hizo en juicio declarativo de mayor cuantía, es evidente que el cese de los efectos de la ejecutoria en él recaída ha de ventilarse en otro proceso autónomo de igual rango, por lo que, siendo materia ajena a la ejecución de la referida sentencia eclesiástica, es obligado el peticionamiento de este motivo.

Considerando: Que la sentencia impugnada decreta el cese de la obligación de dar alimentos al marido a la esposa por haber sido condenado ésta por *adulterio*, en aplicación del número cuarto del artículo 152 del Código civil; y contra ello se interponen los motivos segundo y tercero, amparados ambos en el número primero del citado artículo 1.692, porque al estar condenado el esposo por el Tribunal eclesiástico por causa de sevicia, no es el cónyuge inocente a que se refiere el artículo 106 del Código civil, y al haber mala fe por parte de ambos cónyuges debe quedar compensada, según el artículo 72, párrafo 27 (sic) de dicho cuerpo legal; pero al razonar así no se tiene en cuenta que el derecho a percibir alimentos está subordinado al cumplimiento por el

cónyuge alimentista de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, entre ellos el de fidelidad a su consorte, y como está acreditado que la recurrente ha sido condenada por adulterio, y que el Tribunal eclesiástico concede al esposo la separación conyugal perpetua por causa de adulterio y la indefinida por sevicia de la esposa, no cabe duda que es perfectamente aplicable el número cuarto del citado artículo 152, ya que el adulterio es causa de desheredación del cónyuge, según el artículo 855; y aunque también puede serlo la sevicia por la que ambos esposos fueron condenados, ello produciría el efecto, no de compensación de culpas, que no puede existir, sino el de cesar para ambos la obligación de dar alimentos, razones que imponen el perezimiento de estos motivos.

Considerando: Que en el motivo cuarto, insistiendo en lo interesado en el tercero, se denuncia interpretación errónea de los artículos 1430, 1432 y siguientes del Código civil, porque opina que *mientras se hace la liquidación del caudal, y hasta que se le entregue su haber, tiene derecho a alimentos; pero tales preceptos, incompatibles por regular situaciones diferentes, dado que el 1430 se refiere a la liquidación de la sociedad de gananciales y el 1432 a la separación de bienes, son inaplicables a este proceso en el que lo único discutido es el cese de la obligación de prestación alimenticia, pero no cuestiones relativas a liquidación ni separación de bienes*, regulados por preceptos diferentes de los aplicados por la Sala sentenciadora, lo que obliga a la *desestimación* de este motivo, y con él a la del recurso en su totalidad, con los pronunciamientos del artículo 1748 de la Ley Procesal.

DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL POR SUBDITOS EXTRANJEROS.

La prueba del matrimonio entre súbditos extranjeros celebrado en el extranjero. EL ESTATUTO PERSONAL DE LOS CONYUGES EXTRANJEROS Y SU POSIBLE APLICACION. El estatuto formal del matrimonio de extranjeros contraído en Estado extranjero. La prueba de la legislación extranjera. RUTANEN C. BAYER RUTANEN Y MINISTERIO FISCAL. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1969.)

Doctrina de la sentencia: Para resolver el problema planteado ha de aplicarse el Estatuto personal de los litigantes, ley del país de los mismos, *sin que tal Estatuto sea renunciable*, por lo que los litigantes no pueden acogerse a la legislación española para la separación intentada. La legislación extranjera ha de probarse en autos como cuestión de mero hecho para que pueda ser aplicada..., por lo que resulta inoperante que pueda estar acreditada la existencia del matrimonio por el reconocimiento de las partes, si no constan las condiciones precisas según la Ley extranjera para que la separación se pueda decretar.

Antecedentes: 1) El demandante, en estado de soltero, había contraído matrimonio civil con la demandada, divorciada dos veces, en una ciudad nórdica en el año 1952. 2) Con posterioridad al matrimonio (no aparece la fecha en la exposición de los hechos) los cónyuges vinieron a España, residiendo (al parecer, pero no está claro) en nuestro país sin interrupción. 3) Aparecen probadas una serie de graves divergencias matrimoniales entre ambos cónyuges, pero cuya imputabilidad difiere según cada uno de ellos: para el esposo demandante, las divergencias eran imputables a la esposa, provocadas por el exceso de alcohol, y con el tiempo fue aumentando la tensión familiar haciendo imposible

la convivencia; para la esposa, tales imputaciones eran injuriosas, debléndose tales divergencias exclusivamente a la actuación del marido, siendo de resaltar las anormalidades del mismo—y entre ellas «las temperamentales y las sexuales no haciendo el demandante vida matrimonial, frecuentando el trato con personas del sexo masculino de muy dudosa reputación, lo que hacía suponer una tara de homosexualidad» (sic)—, los insultos, los malos tratos y el hecho de que, pese a su posición desahogada, obligase a la esposa a pedir diariamente para su manutención a un empleado del marido.

La súplica de la demanda termina pidiendo se dicte sentencia declarando la separación del matrimonio, por las causas imputadas a la esposa de malos tratos, alcoholismo habitual, vida desordenada, abandono de hijos y adulterio.

Admitida a trámite la demanda, y dado traslado al Ministerio Fiscal, el Juzgado acordó formar, con testimonio de la demanda, la pertinente pieza separada, en base a los artículos 1.861 y ss. LEC., respecto a las medidas provisionales de urgencia.

El Ministerio Fiscal contestó a la demanda, estableciendo como hechos: que niega todos los afirmados en la demanda, incluso el pretendido matrimonio que se dice contraído, y que tanto demandante como demandada son súbditos extranjeros. Suplica se dicte sentencia desestimando la demanda.

La demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella, sentando los hechos referidos antes y formulando *reconvención*, suplicando se dicte sentencia de separación conyugal contra su esposo.

El actor rechazó la demanda reconvencional, renunciando al escrito de *réplica*. Continuando el trámite para *dúplica* con el Ministerio Fiscal y la demandada.

En este estado los autos, el demandante formuló *incidente* de previo y especial pronunciamiento, relativo a la incompetencia de los Tribunales españoles por haberse planteado el divorcio ante los Tribunales del país de origen de los cónyuges. Con la preceptiva suspensión del juicio ordinario, fue resuelto el referido incidente por Sentencia del Juzgado, confirmada por la Audiencia.

Alzada la suspensión del juicio ordinario, se evacuó el traslado de *dúplica*, insistiendo la demandada en los hechos y fundamentos de la Contestación y no haciéndolo el Ministerio Fiscal.

Recibido el pleito a prueba, se concedió a la demandada el término extraordinario de cuatro meses para practicar determinada prueba documental en su país; dentro del término ordinario, propuso la documental pública y privada y la de confesión judicial del autor (ésta no pudo practicarse por desconocerse su domicilio).

Entregados los autos a las partes para el escrito de *conclusiones*, por el procurador del actor se devolvieron haciendo constar que, habiendo intentado el demandante el *desestimiento* del presente juicio, había de mantenerse consecuente con la sumisión hecha a los Tribunales de su país, no evacuando el traslado.

— El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de separación matrimonial y la acción reconvencional, absolviendo libremente a ambos litigantes de las recíprocas acciones de separación, y declarando no haber lugar a proveer los escritos presentados por el actor ni tener en cuenta los documentos aportados con ellos (no queda muy claro qué escritos pueden ser, aunque dada la proximidad en sus fechas a la de la Sentencia del Juzgado parece deben ser los devueltos por la representación del actor en lugar de las Conclusiones).

— La Audiencia, confirmando la sentencia apelada por la demandada, dicta su fallo con los siguientes pronunciamientos: 1) absolver a la demandada de la demanda de separación de matrimonio civil instada, con el carácter de marido de la misma, por el actor por haber *desistido* (el subrayado es mío) éste de ella; 2) absolver al actor de la demanda reconventional sobre la misma separación matrimonial, instada contra él por la demandada; 3) declarar que no ha lugar a proveer a los Escritos presentados por el actor, ni a tener en cuenta los documentos presentados con ellos...

— La demandada, en concepto de pobre y en tramitación dicho incidente, interpuso recurso de casación por infracción de ley, que basaba en los siguientes motivos:

1.º Al amparo del artículo 1.692-7.º LEC, por error de derecho en la apreciación de la prueba e infracción del artículo 1.232 Código civil: pues es un hecho *reconocido* expresamente por ambos litigantes la realidad de su matrimonio y tal reconocimiento expreso debe llevar consigo la sanción del artículo 1.232 Código civil, siendo tal confesión prueba plena *contra y a favor* de ambos litigantes, estando liberados de cualquier otra prueba; ello no obstante, se trajo al procedimiento un *certificado* de la correspondiente Embajada de ambos litigantes, pendiente de legalización (sin reunir, pues, los requisitos del artículo 600 LEC), cuyo defecto no puede llevar a desconocerse la existencia del vínculo contraído por los litigantes, hecho admitido en Demanda y Contestación: también se aportaron otras pruebas, cual la de testigos; que en contra de todo ello no cabe argumentar que el matrimonio *únicamente* puede probarse por la aportación del Certificado del Registro Civil, lo que a su vez contradice lo dicho por Sentencias de 28 junio 1912 y 26 junio 1913 (que dieron por cierto un matrimonio por el solo hecho de haber sido reconocido por las partes litigantes) y de 2 marzo 1955 (que admite que tal certificado pueda ser sustituido por otras pruebas).

2.º Al amparo del artículo 1.692-1.º LEC, por infracción de ley y doctrina legal al interpretar erróneamente los artículos 9, 11-3.º y 14 del Código civil y violar la doctrina contenida en sentencias de 9 de enero de 1936 y 23 de febrero de 1944: porque el Estatuto *personal* de los extranjeros cuando acuden a los Tribunales españoles ha de *ceder* frente a las normas españolas de orden público o cuando los propios extranjeros se someten a la regulación de las referidas normas españolas. De un lado, si bien las relaciones personales entre extranjeros han de regularse por la Ley de su nación, tal principio resulta inaplicable —conforme al artículo 11-3.º del Código civil— cuando esas leyes extranjeras son contrarias al orden público y las buenas costumbres, y como tales normas de orden público vienen siendo consideradas las *matrimoniales*, las cuales habían de prevalecer frente a las *personales* (S. 23 febrero 1944). De otro lado, el Estatuto personal de los extranjeros no puede ser aplicado cuando ninguno de los litigantes lo ha invocado, como aquí ocurre, pues con su renuncia *tácita* se han sometido a la regulación española (arg. S. 9 enero 1936).

3.º Al amparo del artículo 1.692-1.º LEC, por infracción de ley y doctrina legal, al aplicar indebidamente el artículo 11-3.º del Código civil y violar la doctrina sentada en sentencia de 9 de febrero de 1934: porque si el matrimonio ha sido celebrado conforme a los requisitos previstos en la Legislación extranjera, tal unión debe reputarse eficiente a los efectos legales por los Tribunales españoles aun cuando dicho matrimonio *no pudiera* contraerse válidamente en España. Dicho matrimonio fue contraído en Estado extranjero con arreglo a los requi-

sitos *formales* vigentes en el mismo, por lo que no cabe argumentar en su contra con el orden público o las buenas costumbres nacionales (derivadas del hecho de que el contraerío en España hubiera sido *imposible*), pues ello supondría privar a las relaciones nacidas de ese matrimonio de la protección legal (arg. S. 9 febrero 1934).

4.º Al amparo del artículo 1.692-1.º LEC, por infracción de ley, al violar el artículo 105 del Código civil en su regla segunda: dadas las pruebas practicadas, tal causa resulta de obligada aplicación, debiéndose decretar la separación del matrimonio civil contraído

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, en base a la siguiente doctrina.

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Juan A. Linares Fernández.

Considerando: Que, *siendo los litigantes extranjeros y tratándose en el pleito de la separación de unos cónyuges que dicen contraieron matrimonio en su país, en armonía con lo dispuesto por los artículos 9 y 14 del Código civil, para resolver el problema planteado, ha de aplicarse el Estatuto personal de los litigantes. Ley del país de los mismos, con arreglo a la cual se hubo de contraer el matrimonio y han de regularse todos sus efectos, sin que tal Estatuto sea renunciante*, puesto que según los principios del Derecho Internacional Privado el artículo 9.º del Código y la Jurisprudencia, «en los pleitos que se ventilen cuestiones familiares o que afecten el estado de las personas, ha de aplicarse la legislación del país de los litigantes», y lo que es *preceptivo u obligatorio está fuera de la voluntad el renunciarlo, por ello los litigantes no pueden acogerse a la legislación española, para la separación intentada.*

Considerando: Que la *legislación extranjera*, según criterio constante de esta Sala, *ha de probarse en autos como cuestión de mero hecho, para que pueda ser aplicada, y no habiéndose hecho ni intentado tal prueba, no puede resolverse sobre la separación debatida por falta de esa prueba, por lo que resulta inoperante que pueda estar acreditada la existencia del matrimonio por el reconocimiento de las partes, si no constan las condiciones precisas según la Ley extranjera para que la separación se pueda decretar, lo que hace obligado el no acogimiento de los motivos del recurso, que se desestime con costas por su carácter de preceptivo.*

TRANSMISION DE INDUSTRIA GANANCIAL DE PADRES A UN HIJO A CAMBIO DE RENTA VITALICIA. *Cuestión acerca de las pensiones alimenticias devengadas a consecuencia de estipulación contenida en un contrato oneroso. Carácter de tales pensiones. RENUNCIA UNILATERAL A ELLAS POR EL MARIDO SIN INTERVENCION DE LA ESPOSA. APLICABILIDAD O NO DE LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" A DICHAS PENSIONES: el juego de la condición implícita para aplicar dicha doctrina y el efecto extintivo respecto de la obligación de cumplir la prestación. La circunstancia de mejorar de fortuna como modificativa de la prestación alimenticia: su aplicabilidad al caso y el juego de la doctrina de los "propios actos". LA SEPARACION DE HECHO Y LA REPRESENTACION DE LA HERENCIA DEL MARIDO: BARROSO C. SANCHIS. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1969.)*

Doctrina de la sentencia: La conexión de las distintas cláusulas de un contrato constituye un factor fundamental para fijar su sentido y alcance, lo que

pone de relieve que la pensión constituida en el contrato es una obligada contraprestación del hijo para con los padres, a modo de pensión o renta vitalicia por la adquisición de la fábrica. Inserta dicha cláusula en un contrato de compraventa, el carácter oneroso del mismo excluye en principio toda idea de gratuidad de ninguna de sus estipulaciones, onerosidad que se refleja en el conjunto del contenido contractual. Lo que resulta claramente del conjunto del clausulado contractual, puesto en armónica relación, es la pactada continuidad en el percibo de la pensión o renta convenida... Tratándose de un contrato oneroso, con una estipulación de carácter aleatorio—al estar constituida la pensión o renta sobre la vida de los dos beneficiarios—, el que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de la renta o pensión, es intrascendente a efectos de enervar su derecho a reclamarla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las recíprocas prestaciones y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito este último sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula *'rebus sic stantibus'*.

Antecedentes: A las evidentes dificultades que se presentan a la hora de resumir los antecedentes de cualquier litigio se añaden en ciertos casos—cual el que paso a comentar—las derivadas de unas complejas relaciones paterno-filiales, cuyo probable origen sería quizá diagnosticado mejor por un psicólogo que por un jurista, más que nada dados los vaivenes de atracción-repulsión acaecidos a los protagonistas de este drama familiar. Todo ello hace que me parezca ineludible un mayor detalle en la exposición de los antecedentes del caso, entresacados de los distintos escritos producidos en el pleito, y cuyos *análisis, ordenación sistemática y valoración* me son especialmente imputables. Esta exposición de los hechos es como sigue:

A) *Circunstancias familiares "antelitigiosas" de ambas partes:* 1. La actora demandaba al hijo mayor habido de su matrimonio, cuyo nivel social y posición económica era relevante para la mujer y demandante: mientras que su hijo aduce que el matrimonio era un nido de discordias en cuanto no eran satisfechos los caprichos de la esposa, su madre, que dominaba totalmente al marido, haciéndole vivir en un nivel superior al normal. 2. A lo largo del matrimonio y durante el mismo el marido había *creado* una industria de hilaturas y manufacturados de algodón, en cuya valoración cualitativa diferían las partes: para la actora, era de notable importancia y determinativa de la posición de la familia; para el hijo demandado, era una industria modesta, incapaz de resistir la competencia de las empresas poderosas. 3. En cuanto a las actividades laborales del hijo en la industria y su futuro, entendían: la madre, que el padre «lo encauzó, asociándole a sus actividades» y que le eran permitidos toda clase de lujos y diversiones; el hijo afirmaba haber ingresado en la fábrica a los once años, sin poder estudiar una carrera, y que pedía permiso al padre para todas sus compras, recibiendo de su madre a la menor falta «malos tratos». 4. En 1947 el hijo mayor (el demandado) había marchado a Marruecos: según la madre, «atraído por el señuelo de pingües negocios»—*sic*—, y según el hijo, por orden del padre y como *representante* de la industria y por razones comerciales de expansión del negocio. 5. Durante la estancia del hijo en Marruecos éste contrajo matrimonio: la madre (no nos constan las fechas) le dirigió una serie de cartas según él ofensivas. 6. En el año 1948 regresa el hijo a la Península y comienzan a manifestarse los síntomas de las desavenencias familiares; reingresa en la fábrica como contable, pero se le quitan las llaves

de la fábrica que siempre tuvo; la industria va yendo a menos cada día, según el demandado, dado el costoso tren de vida de su madre. 7. A primeros de 1955 el padre sufre una grave crisis nerviosa: bien fuera por el exceso de trabajo (tesis de la madre), bien por el hecho de haber averiguado que en el mercado se vendían hilos de su marca a precio inferior al coste, «sustraídos por la madre de la fábrica con ayuda de alguna empleada» (tesis del hijo). 8. Con tal motivo el hijo se puso al frente del negocio durante casi medio año, teniendo al final de dicho periodo una gran discusión con su padre, que le echó de la fábrica sin pagarle el último sueldo devengado (según la madre, dadas las irregularidades observadas en su gestión, lo que el hijo negaba). 9. A consecuencia de la discusión, de nuevo marchó el hijo a Marruecos y durante su ausencia parece que el negocio cayó en vertical, siendo de nuevo llamado con urgencia: según la madre, por ella misma «para salvaguardar los intereses familiares», y según el hijo, por el propio padre. 10. Al regreso del hijo en 1956, dada la gravísima situación económica de la industria se trata de encontrarle un remedio: según la actora, para así aprovecharse el hijo en beneficio propio, y según el hijo para resolver la situación ya que el padre le dijo estar prácticamente arruinado, con un pasivo exigible de unos dos millones de pesetas. Las posibles soluciones intentadas eran las siguientes: una, propuesta por el padre, de hacer entrar al hijo «en la Sociedad»—*sic*—(rehusado por el hijo, en tanto subsistieren las dos circunstancias de sustracción de géneros por la madre y de dominio de ella sobre el padre); otra, propuesta por los dos hermanos políticos del demandado, de vender el negocio (con la oposición del padre, dado que no habría comprador); y otra, propuesta por el hijo demandado, que fue la que prosperó, consistente en comprar la industria por un valor fijado de mutuo acuerdo y haciéndose cargo del pasivo para pagarlo a plazos, más la autorización al padre vendedor para tener acceso a la fábrica en todo momento. Esta última solución es la que dio lugar al convenio entre padre e hijo, pero no queda claro de los hechos si ello fue casi coetáneo (tesis del hijo) o si el convenio fue posterior a modo de transacción (tesis de la madre).

B) *Contrato de 25 de febrero de 1956 de transmisión de la industria al hijo.* Intervénian en el mismo: de una parte, el padre (marido de la actora, recuérdese) con el consentimiento y conformidad de la esposa también firmante, y de otra parte, el hijo. La transmisión era de la industria *total*, o sea, con sus activo y pasivo. El precio señalado en el contrato era de 250.000 pesetas (según tesis de la actora, irrisorio, dado que el *valor* real de la industria era de dos o tres millones de pesetas), a pagar en mensualidades a razón de 6.500 pesetas. Algunos meses más tarde, dicho documento fue protocolizado notarialmente mediante *acta—sic—*. No conocemos el detalle de dicho documento, del que se nos dan algunas cláusulas tan solo; precisamente una de ellas, la *sexta*, es la clave del litigio. Veamos estas cláusulas:

a) *Cláusula sexta:* «Una vez que el hijo comprador haya satisfecho la totalidad del precio convenido, continuará satisfaciendo a sus padres, por mitad a cada uno de ellos, la misma suma mensual de 6.500 pesetas como pensión, que aumentará en la cuantía posible en cuanto lo permitan las circunstancias del negocio, siendo ésta una condición que el hijo fija llevado de su deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres».

b) *Cláusula quinta:* «En el caso de que el hijo no atienda debidamente el negocio, éste revertirá a sus padres, perdiendo el hijo todas las cantidades que haya entregado en concepto de pago».

c) *Cláusula séptima*: «En el caso de que el hijo premuera a sus padres, revertirá a éstos la mitad del negocio, siempre que esta mitad quepa dentro del tercio de libre disposición de sus bienes».

d) *Cláusula octava*: «Si el padre o la madre fallecieran, el sobreviviente percibirá íntegramente la renta o pensión mensual pactada».

e) *Cláusula novena*: «En el caso de que el hijo venda el negocio a terceros, los padres tendrán un derecho de tanteo y opción de compra, en iguales condiciones que para un tercero, pero estándose a lo previsto para el caso de fallecimiento».

f) *Cláusula décima*: «El hijo se obliga, sin limitación alguna en cuanto al tiempo, a sufragar todos los gastos extraordinarios que ocasione una enfermedad de su padre o su madre que exigiera su internamiento en clínicas o sanatorios, independientemente de la pensión a devengar...».

g) *Cláusula undécima*: «Las partes, en previsión de las fluctuaciones posibles del valor de la moneda y también del rendimiento del negocio, se obligan a pasar por lo que resuelvan terceras personas en la fijación de una suma mayor de la hoy estipulada».

h) *Cláusula segunda*: «El vendedor se obliga a avalar las operaciones mercantiles pendientes de la industria...».

C) *Cumplimiento por ambas partes de las obligaciones derivadas del contrato*.—Respecto de la estipulación *segunda*, el hijo (aunque sin hacer de ello defensa especial) alegaba que su padre no quiso cumplir su obligación de avalarle las operaciones mercantiles pendientes.

En cuanto a la cláusula *décima*, producido el evento de una intervención quirúrgica del padre, parece que el hijo no quiso abonar la factura de la clínica que «con atenta carta, con acuse de recibo» le remitió la madre: esta negativa constituía, para la madre, prueba evidente de su voluntad de incumplir el contrato; para el hijo, su obligación en tal caso estaba *supeditada* a «que se atendieran en primer lugar las obligaciones de la industria contraídas ante terceros» (1), cuyas obligaciones subsistían todavía, y además estaba el hecho de que, al haber mejorado de fortuna su padre y su madre, no necesitaban dicha suma, y de que conocían ambos que el *pasivo* de la fábrica no se había liquidado.

En cuanto al *pago del precio*, el hijo cumplió exactamente, abonándolo por mensualidades hasta marzo de 1959: al parecer, ya en 1957 el hijo tuvo que consignar en el Juzgado algunas mensualidades de su madre.

En cuanto al *pago de las pensiones*, conforme a lo estipulado en la cláusula *sexta*, el hijo las fue abonando a sus padres hasta el mes de febrero de 1965. Al parecer, continuando subsistente el pasivo de la industria y habiendo mejorado considerablemente ambos padres de posición económica (ya en 1957 la madre heredó de su madre, y el padre obtuvo una representación comercial que le permitía pasar 21.000 pesetas a su mujer cada mes), el hijo pretendió que se le liberase de la obligación de pagar las pensiones. En el carácter de tal prestación divergen las tesis de los litigantes: para la madre actora, se trataba de una prestación onerosa, como contraprestación por la transmisión de la indus-

(1) Tomada la redacción de esta cláusula del considerando 2.º, no aparece en él esta subordinación denunciada por el hijo, quizá existente si la redacción dada en la sentencia es extractada y no literal.

tria; para el hijo demandado, era una prestación a título gratuito, mera liberalidad suya *además* de pagar el precio.

D) *Circunstancias familiares "prelitigiosas".*—1. En el año 1957, mejorada ya la posición de los padres, éstos compraron un piso en Madrid, a donde se trasladaron a vivir; este piso fue vendido por la esposa en 1965, usando de los Poderes de su marido, con lo que abandonó el domicilio conyugal y al esposo, quien tuvo que ir a vivir a una pensión. 2. El padre se dirigió a su hijo, quien le acogió en su domicilio. 3. El padre revocó los Poderes otorgados a favor de su esposa, la cual a su vez hizo otro tanto con los otorgados por ella al marido. 4. Ya conviviendo con el hijo, e insistiendo éste en la pretensión de liberarle del pago de las pensiones dimanantes del contrato de 1956, convence al padre y llegan a un nuevo *convenio*. 5. Requerimiento de la madre al hijo para el pago de las pensiones de febrero y marzo de 1965, rechazado por el hijo.

E) *Contrato de 26 de marzo de 1965 de renuncia unilateral a las pensiones por parte del padre.*—Intervenían en tal contrato: el padre y el hijo. El padre liberaba al hijo del pago de las pensiones dimanantes del contrato de 1956 y de todas las obligaciones del contrato. Al parecer (no hay más datos que la alegación hecha por la actora) hubo *otro contrato* entre los mismos otorgantes *del mismo día*, en el que la pensión que se declaraba extinguida volvía a nacer sólo en beneficio del padre.

F) *Separación de hecho de los cónyuges.*—En julio siguiente la esposa (aquí actora) interpuso demanda de separación contra su esposo y solicitó las pertinentes medidas provisionales: según ella, para salvar en lo posible sus derechos—*sic*—, y según el hijo, por el estado de enfermedad del marido y para no tener que cuidarle. Así las cosas, se agravó el padre sufriendo una trombosis y falleciendo poco después en el mismo domicilio del demandado—donde pudo visitarle la esposa varias veces—.

G) *La representación de la herencia del padre.*—1. La viuda había sido designada *albacea* única y pretendió dirigir lo relativo al entierro de su difunto esposo en el panteón familiar, lo que finalmente consiguió, frente a la oposición del hijo que entendía era natural se encargase él de lo relativo al entierro dada la demanda de la madre de separación conyugal. 2. La viuda accionaba por sí y para sí, reclamando las pensiones vencidas constante matrimonio (como ahora veremos): ello era negado por el hijo al entender que no podía reclamarlas por no actuar en representación de la herencia del marido y que dicha acción sólo le asistiría si las pensiones fueren debidas al adjudicatario del crédito correspondiente en la oportuna partición hereditaria.

Demanda: La actora, aunque entendía debían ser llamados en principio como demandados todos los hijos del matrimonio, herederos del marido, ó sea, el hijo y sus dos hermanas, excluyó a una de ellas que se allanó en el acto de conciliación. Sin embargo, la otra hermana había renunciado en forma a la herencia de su padre. En consecuencia, tan sólo el hijo demandado fue parte en el pleito y se opuso a la demanda. El *petitum* de la demanda era como sigue: que se dicte sentencia por la que se declarase la validez y subsistencia de las obligaciones de pago de pensión asumidas por el demandado frente a sus padres en las cláusulas *sexta* y *octava* del contrato de 25 de febrero de 1956, la

ineficacia de cuanto perjudicase al derecho de la actora a percibir tal pensión, especialmente los actos o convenios por los que el padre—*sin intervención* de la actora—renunció o dejó sin efecto dicha pensión, y que, en consecuencia, se condenase al demandado a abonar a la actora: a) la cantidad de 29.250 pesetas, importe de la mitad a ella correspondiente de las pensiones de los meses de febrero a octubre, ambos inclusive, de 1965, a razón de 3.250 pesetas mensuales; b) la cantidad de 6.500 pesetas mensuales en concepto de pensión vitalicia a partir del mes de noviembre de dicho año en adelante; y c) los intereses legales de las pensiones vencidas, computados a partir de la fecha de la interposición de la demanda, y las de los posteriores, a partir de sus respectivos vencimientos mensuales, y, por último, al pago de las costas causadas en el presente pleito; que se condenase a la codemandada doña I. a estar y pasar por los precedentes pronunciamientos.

Contestación a la demanda: El hijo demandado contestó y se opuso, con las siguientes excepciones: A) Ser distintas las peticiones articuladas en la demanda de lo solicitado en el acto de conciliación celebrado contra el demandado; B) Falta de personalidad de la actora, en cuanto a la reclamación de 29.250 pesetas reclamadas, ya que, aunque dicha suma fuera debida, no puede reclamarla la actora, sino la herencia del finado o el adjudicatario del crédito; C) Falta de acción de la demandante, en cuanto a la reclamación de la pensión alimenticia, ya que el marido, como administrador de la sociedad conyugal, y actuando por sí y como representante legal de su esposa, renunció a tal pensión, por no necesitarla la sociedad conyugal; D) Falta de acción de la actora para exigir la prestación de alimentos, por tener bienes propios más que suficientes para su sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Finalizaba con el siguiente *petitum*: que se dictase sentencia en su día por la que se le absolviera de la demanda, en virtud de las excepciones alegadas; y en el caso de que la demanda prosperara, total o parcialmente, se declarase que la actora carecía de derecho a alimentos por haber mejorado de fortuna, no siéndole necesaria para su subsistencia la pensión alimenticia que su esposo pactó en el contrato de 25 de febrero de 1956, y, en consecuencia, se le liberase de su pago desde febrero de 1965, o en otro caso, desde la fecha de esta petición.

Sentencia del juzgado de Primera Instancia: El Juez, rechazando la oposición formulada por el demandado, dio lugar a la demanda en todas sus partes, declarando todo lo solicitado por la actora y condenando al demandado a lo también solicitado en el *petitum* de la demanda.

Sentencia de la audiencia: El recurso de apelación del demandado lo resuelve la audiencia por sentencia en la que: revocando la sentencia del Juzgado, desestima la demanda y absuelve de ella al demandado; y, dando lugar en parte a la *reconvención* formulada por el demandado, declaró *sin efecto* las cláusulas sexta y séptima del contrato de 25 de febrero de 1956, y en su consecuencia declaró liberado al demandado de satisfacer la pensión mensual en tales cláusulas estipuladas a partir del mes de diciembre de 1966, *debiendo abonar* por tanto las cantidades atrasadas que importaban por un lado 29.250 pesetas (por la mitad en vida del esposo) y la de 84.500 pesetas (por, entero) o sea, un total de 113.750 pesetas.

Contra esta sentencia ambos litigantes interpusieron sendos recursos de casación por infracción de ley. El recurso de la actora se basa en los siguientes *motivos*:

1. Por infracción de la doctrina legal que consagra el principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos» (SS. de 6-4 y 29 mayo 1954, 2 marzo 1935, 19 junio 1933 y 4 febrero 1925): porque la adquisición por la recurrente de los bienes contemplados por la sentencia recurrida no se produjo en marzo de 1965, sino en octubre de 1957, continuando, sin embargo, el demandado pagando al matrimonio las pensiones hasta febrero de 1965. Todo lo cual evidencia que durante siete años el demandado estimó que estaba obligado a pagar a sus padres la pensión con ellos pactada en 1956, con lo que se está ante una serie de «actos propios» reiterados del demandado, contrarios a la pretensión reconvenicional y que la enervan, por lo que se infringe la doctrina legal citada.

2º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.253 del Código civil, en relación con la doctrina legal establecida en la sentencias de 25 y 23 julio y 7-5 y 29 marzo 1958, y 23 y 6 diciembre 1957, llevando a entender aplicable por analogía el número 3 del artículo 152 del Código civil: puesto que, si bien la estimación de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Tribunal Sentenciador, procede la casación cuando se impugna la realidad y existencia del hecho base o cuando la deducción no se ajuste a las reglas del criterio humano, resultando absurda, ilógica e inverosímil; así, la sentencia deduce la buena posición económica de la recurrente de la renuncia del esposo a la pensión, cuando frente a esta presunción es otra la realidad de los hechos y así lo reconoce uno de sus considerandos al decir que «el objeto de la renuncia fue la finalidad de privar a la esposa del percibo de la pensión»; por otro lado, el padre renuncia a la pensión, pero en otro documento ésta renace sólo a su favor, lo que demuestra la presunción contraria a la sentada en la sentencia.

3. Infracción, por violación y errónea interpretación, del artículo 152-3.º, en relación con los 142 y 143 del Código civil, al calificar la sentencia la obligación del demandado como una obligación *cuasi-alimentaria*: sin embargo, la extensión de la obligación alimentaria ha de comprender la cuantía adecuada a la posición social de la familia, y existen pruebas de la vida de lujo del hijo; además, la sentencia no contiene pronunciamiento alguno respecto a la situación económica del hijo, elemento de comparación indispensable para hacer jugar al número 3.º del artículo 152.

4. Infracción, por aplicación indebida, de la doctrina legal (SS. de 5 junio 1945, 13 junio 1944, 17 mayo 1941 y 14 diciembre 1940) sobre el juego de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando se trata de pensión alimenticia o de donación de renta vitalicia: pues es evidente que dicha doctrina, que habla de la base del negocio, la nivelación o equilibrio de las recíprocas prestaciones, etcétera, sólo afecta a relaciones jurídicas donde juegan prestaciones o contraprestaciones, no pudiendo invocarse cuando el título es de liberalidad o alimentario, cuyas relaciones tienen sus normas específicas (arts. 142 y sigs. Código civil), como también las tienen las donaciones (644 y sigs.). Con ello resulta deformada e infringida la doctrina legal citada, inaplicable a la tesis de la sentencia recurrida.

5. Infracción, por inaplicación, de los artículos 1.281-2.º, 1.282 y 1.285 del Código civil, no tenidos en cuenta por la sentencia recurrida al interpretar el contrato de 1956 en forma errónea, especialmente las cláusulas quinta, sexta y séptima: porque una cosa es el alcance jurídico de las cláusulas y otra cosa es lo que ellas mismas suponen como elemento de interpretación del contrato.

por otro lado, existen cartas y documentos del padre, coetáneos y posteriores a tal contrato, acompañados a la demanda, que evidencian que el matrimonio fue víctima de un atropello patrimonial por parte del demandado y que el contrato de 1956 fue un mal menor, una transacción y que no había liberalidad en la obligación de pagar la pensión fijada en la cláusula *sexta*. Esta cláusula ha sido interpretada erróneamente, ya que la *única* liberalidad del demandado es acceder a una revisión de la pensión y no a otra cosa. En resumen, el contrato *no* articula ninguna liberalidad, sino una relación obligacional recíproca: los padres se comprometían a entregar la fábrica y el hijo se comprometió a una serie de prestaciones sucesivas, tratándose, pues de una renta vitalicia pactada y con el alcance que el contrato tiene.

6. Infracción de la doctrina legal sobre el juego de la cláusula *rebus sic stantibus* consagrada por numerosas sentencias (citadas en motivo 4.º): porque en este caso de renta vitalicia pactada *no se dan* los requisitos fijados por la Jurisprudencia para que pueda hablarse de la aplicación de tal cláusula (alteración de dimensiones excepcionales de las bases del negocio, imprevisibilidad de la alteración, imposibilidad absoluta para el obligado de cumplir su prestación o excesiva onerosidad), y la misma Jurisprudencia insiste en la gran cautela con que dicha cláusula ha de aplicarse. Observa que entre 1956 y 1965 no hubo una alteración singular de las circunstancias que pueda ser invocada por el demandado, y sí, al contrario, una progresiva devaluación de la moneda y la no revisión de la pensión, con lo que ésta ha devenido muy inferior en su valor real que tenía en 1956; que no ha habido ningún evento imprevisible; que no está probado, ni se puede probar, que el pago de la pensión pactada sea imposible o excesivamente onerosa para el demandado. Toda la argumentación real del demandado está en función de su errónea tesis de que se trata de una obligación suya de carácter alimentario: ello se rechaza por la sentencia recurrida, y por ello es totalmente improcedente invocar el juego de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, tanto si se considera la pensión como lo hace la sentencia, como si se parte de que se trata de una pensión pactada como parte de la *contraprestación* correspondiente a la venta de la fábrica.

El recurso de casación del demandado se fundamenta en los siguientes *motivos*:

1. Infracción, por violación, del artículo 359 LEC.: pues la Jurisprudencia ha dicho que tal precepto es de orden *sustancial* y no meramente adjetivo, existiendo *incongruencia* entre las peticiones de las partes y lo decidido de la sentencia, al postular el recurrente en su *contestación* a la demanda que únicamente se acogiese su petición subsidiaria (excepción o reconvencción) *en el caso* de prosperar, en todo o en parte, la demanda; y no habiendo prosperado ésta por la vía de la absolución total, quebrantando la norma sobre jurisdicción rogada se ha infringido el principio de congruencia entre sentencia y pretensiones deducidas por las partes. Por lo cual la parte dispositiva de la sentencia recurrida, después de absolver de la demanda *no pudo* acoger una petición de *reconvencción*, instada tan sólo para el caso de una estimación total o parcial de la demanda.

2. Basado en el artículo 1.692-4.º, y formulado *ad cautelam* para el caso de no ser admitido el motivo precedente: por cuanto que decidiendo la sentencia la absolución de la demanda en el segundo pronunciamiento (estimación parcial

de la reconvencción), condena a *parte* de los pedimentos establecidos en la demanda. Si de un lado absuelve y de otro condena al pago de cantidades a la actora, es evidente que contiene la sentencia disposiciones contradictorias, siendo sus términos antagónicos.

3. Infracción del artículo 153, en relación con el 152-3.º C. c., que viola por inaplicación de tales preceptos: pues a la vista de dichos preceptos, de la no existencia de pacto en contrario a lo previsto en el artículo 153 y de la circunstancia de haber mejorado de fortuna su madre alimentista, todo ello hacía exigible la aplicación de dichos preceptos y, por tanto, la declaración terminante *liberatoria*, sin condenar al pago de pensiones atrasadas por todo lo cual es más propiamente aplicable la tesis de la exoneración a través de tal cauce legal que no por el de la cláusula *rebus sic stantibus* (que tan sólo si fuera viable la atracción operada por el artículo 153 citado podría ser utilizada).

4. Infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.413-3.º C. c., al no haber contravención al Código ni fraude a la Ley en la renuncia a la pensión por parte del esposo. Motivo *ad cautelam* y subsidiariamente respecto a los anteriores. La sentencia, admitiendo en principio la posibilidad de existencia por fraude a que tal artículo se refiere—y para el supuesto de que la pensión participe del carácter de bien *ganancial*—, examina dicha renuncia: pero los requisitos precisos para la existencia de fraude (perjuicio y *constitum fraudis*) no se han producido en este caso, por lo que tampoco cabe estimar la existencia del fraude.

5. Infracción de los artículos 59, 60, 1.412 y 1.413-1.º C. c., por inaplicación de los mismos: pues es evidente e indiscutible el derecho del marido a *pactar a favor* de ambos cónyuges una pensión alimenticia cuando el matrimonio la precisa y para *dejarla sin efectos* cuando considera que han desaparecido las causas de penuria o necesidades económicas que motivaron aquel pacto. La sentencia recurrida plantea la posible calificación como *ganancial* de la pensión objeto de autos (bajo el supuesto establecido por la actora de que aquélla fuera *consecuencia* de la cesión de industria) y no de un acto de liberalidad de carácter alimentario (tesis de la sentencia): y para un tal supuesto, descartada la existencia del fraude, cobrarían plena vigencia y aplicación los artículos cuya infracción se denuncia, y no precisando el marido autorización de la mujer para la enajenación o renuncia de los bienes gananciales que *no sean* inmuebles o establecimientos mercantiles, pudo muy bien en tal caso renunciar a la pensión alimenticia pactada.

6. Infracción del artículo 1.114 y concordantes C. c. y de la doctrina legal contenida en numerosas sentencias (24-X-1941, 28-I-1943, y 9-4-1947...), por inaplicación de los mismos: porque, en tanto que admitida la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, condición *implicita* para liberar del pago de la pensión alimenticia cuestionada, la sentencia dispone, no obstante, se condene al pago de «pensiones atrasadas» hasta el momento de contestar la demanda. Lo procedente, dentro de dicha tesis, sería más bien declarar sin efecto la obligación desde que la condición *implicita* quedó realizada (por venir a mejor fortuna el matrimonio y, singularmente, la propia actora al heredar): reconocido este hecho descartado el aplicar el artículo 152-3.º C. c. como inadecuado por tratarse de una pensión *paccionada* y no legal, sin embargo acude como remedio a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, y libera al recurrente de la obligación del pago de la pensión, pero *desde* la fecha de la contestación a la demanda:

pero declarándole obligado al pago de las pensiones devengadas *antes de dicha* fecha. La cláusula referida la admite la Jurisprudencia con asiento inicial en el artículo 1.258 C. c., a modo de una condición o cláusula *tácita*, inherente al propio negocio jurídico, por lo que parece improcedente el condenar a pagar pensiones devengadas *después* del acaecimiento de la condición, frente a lo establecido en los artículos 1.114 y 1.123 del C. c., En la petición subsidiaria del escrito de *contestación* a la demanda, interesaba el recurrente—para el caso de estimarse la demanda en todo o en parte—, que se declarase, «que la actora *carece* de derecho de alimentos por haber mejorado de fortuna, y en consecuencia, se le liberase del pago de las pensiones desde febrero de 1965», cuya fecha es *muy posterior* a aquélla en que se produjo tal acontecimiento en el patrimonio de la actora: por lo que, estimada tal circunstancia, la sentencia debía haber sido absolutoria.

El Tribunal Supremo acoge ambos recursos, fundándose en la doctrina siguiente: .

Visto siendo Ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y De La Puerta...

Considerando: En cuanto al recurso interpuesto en representación de doña A. B. J. que *la sentencia recurrida declara que la renuncia del finado marido de la actora y padre del demandado a la pensión establecida para él y para su esposa, en la cláusula sexta del contrato de 25 de febrero de 1956, es ineficaz en razón a que tal renuncia la llevó a cabo sin mandato de su mujer y en fraude de ésta, y, ello, no obstante, desestima la demanda, aplicando al efecto la cláusula «rebus sic stantibus», con base, en que los términos de aquella estipulación evidencian el animus donandi, la concesión gratuita, el espíritu de liberalidad, y que la actora beneficiaria, merced a un caudal adquirido por herencia de su madre, goza de buena posición económica, que hace innecesario el auxilio monetario que se convino, para la cual Interpretación se atiene exclusivamente la Sala de instancia a los indiscutidos términos en que se ha producido la cláusula en cuestión, que son del siguiente tenor literal (2).*

Considerando: Que, en efecto, *el sentido gramatical de su texto sugiere dudas en orden a si la condición que fija el hijo allevado de su deseo de contribuir al mayor bienestar de sus padres, se refiere a la propia constitución de la pensión o sólo al aumento de su cuantía, aunque más bien parece referirse a esto último; y para desvanecer tales dudas ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1.285 del Código civil, con arreglo al cual la conexión de las distintas cláusulas de un contrato constituye un factor fundamental para fijar su sentido y alcance, precepto cuya aplicación en este caso pone de relieve la evidente equivocación en que incurre el Tribunal sentenciador al interpretar la citada cláusula en el sentido de atribuir a la pensión que en ella se establece el carácter de pura liberalidad, de concesión gratuita del hijo para con sus padres, y no, por el contrario, el de una obligada contraprestación de aquél para con éstos, a modo de pensión o renta vitalicia, por la adquisición de la fábrica, como indudablemente es lo procedente, en atención a que: estando inserta dicha cláusula en un contrato de compraventa, el carácter oneroso del mismo excluye en principio toda idea de gratuidad de ninguna de sus estipulaciones, que tal onerosidad se refleja en el conjunto del contenido contractual, que en las*

(2) Véase antecedentes B), a).

cláusulas quinta, séptima, novena, décima y undécima prevén, respectivamente, los supuestos de que (3). . es decir, que, *en definitiva, lo que resulta claramente del conjunto del clausulado contractual, puesto en armónica relación, es la pactada continuidad en el percibo de la renta o pensión convenida como obligada contraprestación del hijo por la adquisición de la fábrica, con independencia y abstracción hecha de cualquier otra circunstancia que no sea el fallecimiento de los beneficiarios.*

Considerando: Que, *por lo expuesto, procede acoger el motivo quinto del recurso* que, fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.281. párrafo 2.º, 1.282 y 1.285 del Código sustantivo, *pronunciamiento que acarrea la estimación de: motivo sexto y último, articulado por igual cauce procesal, pues tratándose de un contrato oneroso, cual lo es el de compraventa y, a mayor abundamiento, conteniendo la referenciada cláusula una estipulación de carácter aleatorio, al estar constituida la pensión o renta sobre la vida de los dos beneficiarios, es llano que la circunstancia de que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de dicha renta o pensión, es intrascendente a efectos de enervar su derecho a reclamarla, por no implicar tal circunstancia cambio alguno en las reciprocas prestaciones, y menos aún la destrucción del equilibrio de las mismas, requisito, éste último, sin cuya concurrencia no cabe aplicar la cláusula "rebus sic stantibus", conforme a reiterada doctrina de esta Sala, sin que, por otra parte, exista vicio en su formulación, pues al decirse en él que no se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que pueda hablarse de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, claramente se está denunciando su aplicación indebida, estimación, la de los motivos examinados, que hace innecesario el estudio de los restantes.*

Considerando: En cuanto al recurso interpuesto en representación de R. S. B., que *en el primer motivo, amparado en el número 2.º del citado artículo 1.692, con invocación del 359 de la propia Ley procesal, se acusa a la sentencia recurrida de haber incidido en incongruencia al acoger una petición—reconvencción—instada tan sólo para el caso de estimación total o parcial de la demanda, motivo que debe ser aceptado* porque, en efecto, en el suplico del escrito de contestación se pidió por el demandado... (4), *es decir, que se formula por el demandado una petición principal, la de absolución de la demanda, y otra de carácter subsidiario, sólo para el caso de que aquélla fuera estimada total o parcialmente, y la resolución impugnada desestima la demanda, de la que absuelve al demandado, no obstante lo cual da lugar en parte a lo que califica de "reconvencción", resultando con ello ser en definitiva condenado el demandado a parte de lo que se le pedía en la propia demanda, de la que era absuelto, estimación, la del expresado motivo, que hace improcedente el estudio de los restantes, sin que en esta fase del recurso quepa enjuiciar el fondo de la cuestión planteada por vía que se dice reconvenccional, lo que habrá de hacerse en la segunda sentencia.*

Considerando: Que acogidos ambos recursos, no procede hacer especial declaración respecto a las costas de ninguno de ellos.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos, *haber lugar a los dos recursos casación por infracción de ley* interpuestos.

(3) Véase en antecedente B).

(4) Véase en antecedentes.

— Segunda sentencia:

Por los fundamentos de hecho y derecho de la sentencia de casación que antecede y

Considerando: Además, los razonamientos que se contienen en la sentencia de primer grado, los que se aceptan en su totalidad, *por todo lo cual se está en el caso de acceder a la demanda* formulada por doña A. B. I., *con lo que resulta desestimada la petición que, con carácter subsidiario, ha sido deducida, por el demandado don R. S. B., no siendo en su consecuencia preciso hacer declaración expresa sobre esa petición en la sentencia, como así lo ha entendido acertadamente el Juez «a quo», cuya resolución, por tanto, se ha de confirmar íntegramente sin que proceda hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta segunda instancia.*

Fallamos: Que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, la sentencia dictada en estos autos por el *Juez de Primera Instancia*.

LITIS EXPENSAS. Los requisitos exigidos para su procedencia. Cuestiones acerca de la pertenencia de bienes a la esposa y de la existencia de bienes gananciales: DE LARA C ARTAL. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1969.)

Doctrina de la sentencia. Al no atacarse la apreciación de la Sala sentenciadora (que la esposa no es dueña, sino locataria, del piso), queda incólume esta calificación jurídica. No aparece probado que la mitad de los ingresos percibidos por el marido sean insuficientes para satisfacer el importe—tampoco muy cuantioso—de las *litis expensas* concedidas.

Antecedentes: 1. Ambos litigantes habían contraído matrimonio canónico y tras un período de tiempo (no aparece de la exposición de hechos) se produjo la separación conyugal, instada (no tenemos datos) ante el correspondiente Tribunal Eclesiástico, cuya tramitación originó los consabidos gastos. 2. Posteriormente se iniciaron las diligencias de medidas provisionales de la mujer casada, *aunque no solicitadas en su totalidad las prevenidas en el artículo 1.886 y siguientes LEC*, dada la existencia de un *convenio* privado entre las partes (del que no sabemos nada más). 3. El *auto* resolutorio de tales diligencias, fechado el 24 de febrero de 1968, desestimaba la petición de la esposa de que el Juez acordase que el marido abonara a la mujer en concepto de *litis expensas* la cantidad de 35.000 pesetas, basándose la decisión del juzgador en que la esposa tenía bienes propios (propietaria de una vivienda en la que tenía su domicilio), en que las partes convinieron en que el «auxilio económico» sería «la mitad del sueldo y demás emolumentos» percibidos por el marido y en que la esposa no había solicitado todas las medidas provisionales prescritas en el artículo 1.886 y siguientes LEC.

La esposa, en su escrito de oposición al referido auto, argumentaba: 1.º Que la vivienda era de Protección Oficial, cedida a ella por el Instituto Nacional de la Vivienda en arrendamiento y amortización en el plazo de treinta años, por lo que hasta no haber transcurrido dicho tiempo no estaría perfeccionado el contrato de venta ni se otorgaría la escritura; 2.º Que su esposo no entregaba la mitad de lo que ganaba y no había declarado sus ingresos reales, siendo la

cantidad mensual que recibía la esposa insuficiente para hacer frente al propio mantenimiento y al de los hijos, además de la suma abonada al Tribunal Eclesiástico por costas judiciales que tuvo que pedir prestada; 3.º Que el no haber solicitado todas las medidas del 1.886 LEC no era motivo suficiente para la denegación de las *litis expensas*, ya que éstas sí se solicitaron y además la Ley no exige que se pidan todas añadiendo que la cantidad señalada como «auxilio económico» lo era solamente para la subsistencia de la esposa y de los hijos a ella confiados, por lo que no existía la imprecisión denunciada por el auto, ni tampoco podía imputarse tal auxilio a *litis expensas* o gastos judiciales ya que ello excede del concepto de subsistencia. Finalizaba con la súplica de que se tuviera por formulada oposición al Auto citado y se dictara resolución por la que se condenase al demandado a abonar a la actora en concepto de *litis expensas* la cantidad de 35 000 pesetas, en que se estimaban los gastos judiciales habidos, sin perjuicio de ulterior liquidación si procedía.

El demandado contestó la demanda incidental y alegaba: 1.º Que los bienes matrimoniales afectos a sobrellevar las cargas económicas del matrimonio—en principio y dentro de determinados requisitos—habían de atender a los gastos judiciales, lo que naturalmente no quería decir que recayeran sobre un cónyuge los gastos judiciales ocasionados por el otro, sino sobre la sociedad de gananciales conforme al artículo 1.408 del Código civil; 2.º Que al consagrar el legislador modernamente las *litis expensas*, proclamó que no se trata de un derecho automático o absoluto, ya que el artículo 68-6.º del Código civil prevé su abono si *procede* y en forma similar el artículo 1.890 LEC, y que debe tenerse en cuenta que esta obligación del marido es de interpretación siempre *restrictiva* y se limita a supuestos en que la mujer carezca de bienes propios, circunstancia ésta que la mujer debe probar, cuando lo cierto es que ha probado ser beneficiaria de un piso en régimen de acceso a la propiedad; 3.º Que en orden al problema de que los recursos de la sociedad de gananciales fueren insuficientes, era un problema económico y no grave que no implicara indefensión, y el mismo Código establece el beneficio de pobreza legal de no haber suficientes recursos, por lo que siendo su sueldo el único bien de la sociedad de gananciales ello permitía solicitar dicha pobreza legal. Terminaba con la súplica de que se dictase resolución confirmatoria del Auto recurrido.

El Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda incidental y absolvió al demandado de la misma.

La Audiencia, revocando la sentencia apelada, fijó en concepto de *litis expensas* la cantidad de 27.250 pesetas a abonar a la esposa, sin perjuicio de ulterior liquidación y ampliación si procediere.

El esposo demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, con base en los siguientes motivos:

1.º Infracción, por violación, del artículo 68-6.º del Código civil y del 1.890-2.º LEC, que disponen que sólo deberá acordarse el abono de *litis expensas* cuando sea procedente; argumenta que la Reforma del Código civil de 1958 adolece del defecto de no señalar cuándo procede y cuándo no el beneficio de *litis expensas*, por lo cual—al igual que ocurre con los casos denominados de «leyes en blanco» o «comunicaciones supuestas» del orden penal—es preciso completar el precepto legal, insuficiente, con la doctrina jurisprudencial ya preexistentes (SS. de 19 de septiembre de 1890, 29 de noviembre de 1866 y 6 de abril de 1878), que establece que sólo procede el beneficio de *litis expensas* cuando se dan las circunstancias y requisitos siguientes: uno, que la esposa carezca

de bienes propios (cita numerosas sentencias), y otro, que existan bienes sobre los que hacer efectiva la obligación; y frente a ello la propia Sala reconoce que la esposa es titular del dominio de una finca urbana, lo que evidencia que no carece de bienes, y además el recurrente sólo dispone de su sueldo, cuya mitad cede a la esposa a título de alimentos, por lo que no hay bienes sobre los que hacer efectiva la obligación de *litis expensas*.

2.º Violación de la doctrina legal proclamada en numerosas Sentencias (26-I-1897, 9-X-1907, 9-III-1914, 24-V-1915, 11-XII-1916, 10-I-1925, 15-VI-1926, 9-XII-1927, 8-III-1933, 22-X-1951, 25-IX-1955 y 26-III-1958), en lo referente al requisito de carencia de bienes de la esposa, y en las de 9-III-1914 y 21-XI-1916 en lo que respecta a la existencia de bienes sobre qué hacer efectiva la obligación.

3.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.450 del C. c., al considerar la Sala que al no estar satisfecho el precio total del piso adquirido por la esposa y pesar sobre ella ciertas limitaciones y hasta conminaciones resolutorias está alejada de toda idea dominical: siendo la compraventa un contrato consensual y no real, la propiedad se transmite por el mismo contrato de compraventa, por lo que la recurrida es hoy propietaria a pesar de las limitaciones de sus derechos, infringiéndose así el artículo citado y el 68-6.º del C. c. y 1.090 LEC.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, rechaza el recurso sentando la doctrina siguiente:

Considerando: Que, en síntesis, *el recurrente impugna la concesión de "litis expensas" otorgada por la sentencia combatida, alegando, en primer término, que su mujer no carece de bienes propios, pues es dueña de un piso en esta capital, y, en segundo lugar, que no existen bienes sobre los que pueda hacerse efectiva la obligación, ya que, según dice, sólo dispone de la mitad de sus ingresos profesionales, toda vez que el importe de la otra mitad está asignada a su esposa en concepto de pensión alimenticia de ella y de sus hijos del matrimonio.*

Considerando: Que *ambas alegaciones, desarrolladas a lo largo de los tres motivos, son inconsistentes: la primera, porque al no atacarse, mediante la invocación de los preceptos legales referentes a la interpretación de los contratos y en la forma exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la apreciación de la Sala sentenciadora, según la cual la recurrida no es dueña, sino meramente locataria, del piso referido, queda incólume esta calificación jurídica y su subsistencia despoja de toda base a la alegación expresada; y la segunda, porque aparte de que el Tribunal "a quo" afirma, en el quinto Considerando de la resolución impugnada «que existen ingresos, aunque no sean muy cuantiosos, que nutren la sociedad de gananciales», no aparece declarado probado que la mitad de los percibidos por el marido sean insuficientes para satisfacer el importe—tampoco muy cuantioso—de las "litis expensas" concedidas, una vez cubiertos, naturalmente, los gastos personales del recurrente; por lo que procede declarar no haber lugar al recurso con la preceptiva condena en costas a que se refiere el artículo 1.748 de la Ley procesal.*

J. C. G.

DERECHO ARAGONES (APENDICES DE 1925). Viudedad universal, omisión de inventario y comunidad conyugal continuada Adquisiciones a título oneroso por el viudo continuador. ANGELA, V. S. c JUAN MANUEL, V. S. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1970.)

LA SENTENCIA.

Los hechos.—A la muerte de don J., de vecindad civil aragonesa, su mujer doña C., a la que correspondía viudedad universal, omitió formar el inventario preceptivo. No obstante lo cual, a lo que parece poseía y administraba todos los bienes que fueron del matrimonio y adquirió en tal situación algunas fincas.

Falleció doña C., favoreciendo especialmente en el testamento a su hijo J. M., al que ya había hecho algunas donaciones. Doña A., hermana de éste formuló demanda contra el mismo pidiendo fundamentalmente se declarara: 1. Que la demandante y el demandado, junto con los descendientes de un hermano premuerto, eran herederos *ab intestato* de don J. 2. Que el matrimonio de don J. con doña C. se rigió por las normas que en el Apéndice regulan la sociedad conyugal tácita. 3. Que esta sociedad conyugal continuó a la muerte de don J. y hasta la de doña C. 4. Que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, así como todos los adquiridos por doña C. en estado de viudedad, forman parte de esta sociedad continuada. 5. Que en consecuencia se invalidarán ciertas donaciones y disposiciones testamentarias de doña C. a favor del demandado, por recaer sobre bienes de los que no podía disponer la causante.

Estimada la demanda en Primera Instancia (Juzgado de Alcañiz), y confirmada la sentencia por la Audiencia de Zaragoza, interpuso el demandado recurso de casación por los siguientes motivos:

Motivos de casación:

1.º Violación del artículo 64, párrafo 2.º del Apéndice, según el cual: «El disfrute de la viudedad legal por el sobreviviente puede coexistir con la sociedad continuada entre éste y los herederos del finado; pero la viudedad universal, al contrario, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los consortes»

2.º Interpretación errónea del artículo 68, párrafo último del Apéndice, según el cual: «Pasado el plazo legal sin que esté concluido el inventario, perderá el viudo todos los disfrutes de la viudedad, los cuales quedarán de derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario».

3.º Y siguientes, dirigidos, subsidiariamente, a impugnar la declaración de ser comunes los bienes adquiridos a título oneroso por la viuda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, con los siguientes considerandos:

Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo.

1.º «El motivo segundo del recurso al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC denuncia la interpretación errónea del último párrafo del

artículo 68 del Apéndice Foral aragonés, a cuyo tenor... (*Vid. supra.*), que los recurrentes interpretan en el sentido de que el no otorgamiento de inventario sólo ocasiona que los disfrutes no se hacen efectivos en favor del viudo, sino que quedan incorporados al caudal usufructuable, motivo que es desestimable, ya que privada de contenido la viudedad universal, con la pérdida del usufructo universal sobre los bienes matrimoniales, necesariamente se pierde aquella desestimación del motivo examinado que acarrea la del primero en el que se denuncia la violación del artículo 64, párrafo 2.º, del mencionado Apéndice, ya que al perderse la viudedad universal, nace la sociedad continuada entre el sobreviviente y los herederos del finado».

2 «Que los restantes motivos formulados subsidiariamente para el caso de que quedase firme la declaración sobre existencia de la sociedad continuada, tampoco pueden prevalecer, ya que sentado por los Juzgadores de instancia que respecto a la adquisición de la torre de don D. o de C., aunque fuese en estado de viudedad de la madre, al existir comunidad conyugal continuada, ha de pasar al caudal de la misma para su reparto y división, siendo de recalcar una vez más que el dinero de su compra debió ser del caudal común, no sólo por las consecuencias de la no formalización de inventario, sino también porque han desaparecido más de 20.000 pesetas que eran comunes, y ello es de interpretar que con dicho dinero también fue adquirida la finca (considerando déclino del Juzgado) y que hay que comprender entre los bienes de que dispuso en forma ilegal la viuda, la llamada "Torre de Cascajares", adquirida a la Marquesa de Valdeguerrero, ya que el dinero de su compra necesariamente tiene que venir del caudal común al desaparecer el dinero existente con anterioridad a su compra (considerando cuarto de la Audiencia), ya que según reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, la estimación de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugne la existencia y realidad del hecho base, o cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil, nada de lo cual se aprecia en el caso de autos, procediendo por todo lo expuesto, a la desestimación íntegra del recurso».

COMENTARIO.

A) Aplicación de las normas que regulan la sociedad conyugal continuada

Puesto que la muerte de don J. ocurrió con anterioridad a 1967, deben aplicarse los preceptos sobre sociedad conyugal, sociedad conyugal continuada y viudedad contenidos en el Apéndice de 1925 (*Vid. Disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Compilación de 8 de abril de 1967*)

En la normativa del Apéndice, siguiendo un precepto tradicional, el disfrute de la viudedad universal no puede coexistir con la sociedad continuada (art. 64-2.º). La razón parece ser que, dependiendo la viudedad universal del pacto entre los cónyuges o de la concesión del premuerto, su régimen, como basado en la voluntad privada, debe prevalecer—especialmente por lo que se refiere al destino de los frutos—sobre el que la Ley establece como supletorio de aquella viudedad, es decir, el de la comunidad continuada.

Con todo, tanto en el caso de disfrute de viudedad universal como en el de viudedad legal limitada a los sitios (que el Apéndice declara expresamente ser compatible con la comunidad conyugal continuada, art. 64-2.º), si no se ha

procedido a liquidar y dividir la masa de bienes comunes del matrimonio, ni, por tanto, la herencia del cónyuge premuerto, nos encontramos siempre con una comunidad cuyo objeto constituye esta masa de bienes, poseída y administrada por el viudo, y cuyos sujetos son el viudo y los herederos del premuerto. En este supuesto, especialmente si se da además el requisito del «trabajo en familia», debe verse una especie de comunidad familiar, cuyo régimen es sustancialmente el de la continuada en cuanto a la atribución de titularidades y de poderes de administración y disposición, variando únicamente según los casos el destino de los frutos producidos por los bienes comunes. Según parece más aceptable, los frutos de los inmuebles, o de todos los bienes, pertenecen al viudo que ejercita efectivamente su usufructo legal o universal, o a la masa común en otro caso por ser ésta la regla general de todo patrimonio (*res fructificat domino*, art. 353 C. c.). Esto es especialmente claro cuando la viudedad es la legal, dado el precepto del artículo 72, norma 4.^a del Apéndice. (Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés*, ADA, 1963-64, págs. 222 y sigs.).

Como, digo, también cuando el viudo disfruta de viudedad universal puede y aun suele existir una comunidad entre el viudo y los herederos del premuerto sobre los bienes que fueron comunes del matrimonio y no han sido divididos, a la que se aplicarán algunas normas que el Apéndice dicta para la continuada (p. ej., el viudo está legitimado para hacer valer en juicio los derechos de la comunidad: S Audiencia de Zaragoza de 26 de enero de 1957. Vid. DELGADO ECHEVERRÍA: *Ob. cit.*, pág. 229). En cuanto al régimen de los frutos, si el viudo está legalmente en el disfrute de su viudedad, el usufructo se antepone a los intereses de los herederos, aun en el caso de trabajo en familia. Pero esto no es así cuando el viudo no ejercita el derecho de usufructo, siendo el caso más importante aquél en que el viudo ha omitido el inventario. Este era precisamente el de la Sentencia comentada.

La obligación (*rectius*: carga, o *condicio turis*, en este caso atípica por la retroacción de los efectos) de formar inventario el viudo usufructuario la introdujo tardíamente en el Derecho aragonés el Fuero *Que los que tuvieron viudedad* de 1678, sólo en cuanto a los muebles, y de forma imprecisa, sin señalar plano ni sanción. Tanto los detalles de su aplicación como la mejor regulación *lege ferenda* eran muy discutidos. El Apéndice destina al inventario el largo artículo 68, estableciendo el plazo de cincuenta días y la sanción consistente en la pérdida de todos los disfrutes de la viudedad, «los cuales quedarán de derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario» (art. 68, párr. último) (Vid. SANCHO REBULLA: *La viudedad aragonesa*, ADA, 1955-56, págs. 146 y sigs.; en cuanto a la sanción por incumplimiento, págs. 162 y sigs.; LORENTE SANZ: *La omisión del inventario en la viudedad* (Notas para su estudio), en el «Libro Homenaje a Moneva», páginas 493 y sigs.).

En la práctica, tal precepto estaba en desuso (Vid. LORENTE SANZ: *Ob. cit.*, página 514), de modo que no era extraño que el viudo usufructuara los bienes, sin que los herederos exigieran el inventario ni pretendieran la incorporación de los frutos al capital. Mientras los herederos del premuerto son hijos y herederos del viudo no suele haber problemas, ya que en cualquier caso heredarán el remanente de frutos a la muerte del viudo. El problema puede surgir, como en el caso de la Sentencia comentada, cuando el viudo ha dispuesto singularmente en el testamento de bienes adquiridos con los frutos que no pudo hacer suyos por la omisión del inventario.

Estoy de acuerdo con la Sentencia comentada en que aquellos frutos no pudo hacerlos suyos el viudo, ni por tanto disponer sobre ellos, sino que, siendo comunes los bienes que los producen, se incorporarán al patrimonio común. Pero no me parece exacto afirmar que «privada de contenido la viudedad universal, con la pérdida del usufructo sobre los bienes matrimoniales, necesariamente se pierde aquélla». Ni es esto lo que dice la Ley, ni era necesaria su declaración para la finalidad pretendida. Por el contrario, el sistema del Apén-dice se basa en la distinción entre la titularidad del derecho de viudedad, que se adquiere en el momento de la muerte del cónyuge, y el ejercicio del mismo, sólo posible tras la formación del inventario (SANCHO REBULLIDA: *Op. cit.*, páginas 133 y sigs. y 166). El viudo que nunca ejercitó legalmente su derecho no por ello perdió su titularidad, como demuestra la posibilidad de realizar el inventario en cualquier momento, incluso muchos años más tarde, y entrar desde luego en el disfrute de los bienes. Ahora bien, no basta la mera titularidad de la viudedad universal para excluir el régimen de comunidad continuada, sino que este efecto lo produce sólo el efectivo ejercicio, que es el que desvía los frutos de su destino ordinario—el patrimonio que los produce—y crea la incompatibilidad—sólo en cuanto a los frutos, como he dicho anteriormente—entre la viudedad universal y la comunidad conyugal continuada. El ejercicio de la viudedad es precisamente lo que resultaba impedido por la omisión del inventario.

La Audiencia de Zaragoza, en Sentencia de 6 de abril de 1961 (ADA, VI, página 272, con comentario de LORENTE SANZ) había llegado, sin incluir en el error de argumentación del Tribunal Supremo, a la misma conclusión: no habiéndose practicado inventario, el régimen familiar es el de sociedad continuada.

B) *La adquisición a título oneroso por el viudo continuador.*

Admitido que la normativa aplicable es la de la comunidad conyugal continuada, queda ahora considerar cuál sea, en ésta, el régimen de las adquisiciones hechas a título oneroso por el viudo. En abstracto, las posibilidades son por lo menos tres:

a) Considerar aplicable la norma de presunción del artículo 48 Ap., según el cual: «... tienen la consideración de comunes de la sociedad...», 3.º Por presunción legal, cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o a la mujer no esté suficientemente comprobada». Con ello todos los bienes adquiridos por el viudo se presumirán comunes, recayendo en él la prueba en contrario consistente en la regular subrogación en su patrimonio privativo.

b) Considerar que el bien adquirido será común si la contraprestación procedía del patrimonio común, y propio si del patrimonio propio; abandonando la prueba a las reglas generales de ésta, de modo que quien pretenda, frente al viudo, que la adquisición se hizo con dinero común deberá probarlo.

c) Considerar que, en todo caso, quien es parte en el contrato adquisitivo deviene titular del bien adquirido, aun cuando el dinero entregado como precio fuera ajeno. Si dispuso indebidamente del dinero ajeno, responderá por ello, pero no dejará de hacer suyo lo adquirido con este dinero.

Esta última posibilidad, que refleja el criterio, quizá más común o general en nuestro Ordenamiento (*Id.*, p. ej., el artículo 1.682-2, del Código civil, sobre el socio que tomó para su beneficio particular ciertas sumas de la caja social) me parece sin embargo inaplicable en nuestro caso. El viudo no es propiamente «representante» de la sociedad continuada—como no lo es el cónyuge respecto

de la sociedad conyugal—, sino órgano ordinario de adquisición de la misma, que no tiene necesidad en sus actuaciones jurídicas de indicar en beneficio de quien actúa para que, esto, no obstante, pueda adquirir para la comunidad en lugar de para sí mismo. La discriminación entre una y otra alternativa no puede residir en la *contemplatio aomini*—propia del instituto de la representación—, sino que vendría dada por el mecanismo de la subrogación real. Por lo demás, el artículo 53 Ap. párr. 1.º, señala con suficiente claridad el criterio de la subrogación; por último, el contrario produciría funestas consecuencias en la práctica.

Más aún. En la doctrina y la jurisprudencia se ha partido siempre de la posición más rigurosa para el viudo, es decir, de la aplicación de la presunción de comunidad. Según ella, todos los bienes cuya propiedad privativa el viudo no pueda demostrar, se entenderán comunes, con lo que no sólo se acepta el principio de subrogación, sino que además, quien pretenda no haberse producido ésta a favor de la comunidad, deberá probarlo. En este sentido se pronuncian las Ss. de la Audiencia de Zaragoza, de 26 de mayo de 1944, 30 de diciembre de 1953 y 8 de julio de 1960.

Esta opinión, con todo, no ha prevalecido siempre. La rechaza la S. de la Audiencia de Zaragoza de 28 de mayo de 1948 (ADA, 1949-50, pág. 580, con comentario en contra de LORENTE SANZ). También CAMÓN AZNAR se muestra opuesto a la presunción de comunidad, e incluso al principio de subrogación, afirmando que las adquisiciones a nombre propio, aun con dinero de la sociedad, provocarían una adquisición propia, y no común. (*Regulación de la sociedad conyugal continuada en Aragón*, en el «Libro Homenaje a Moneva», pág. 226).

Hay que reconocer que la aplicación de la presunción de comunidad del artículo 48 Ap., dictada para la sociedad conyugal, a la sociedad continuada, es por lo menos muy delicada. Esta norma, como en general todas las que establecen una presunción, representan una derogación excepcional a la regla general sobre la carga de la prueba, por lo que sólo con toda clase de precauciones podrá pretenderse una aplicación analógica a casos no previstos por el legislador. La analogía no debe excluirse absolutamente, pero resulta sobremanera delicada (Sobre esto, en general, HEDEMANN: *Las presunciones en el Derecho*, traducción de SANCHO SERAL, Madrid, 1931, págs. 344 y sigs.; con planteamiento distinto, pero conclusiones prácticas parcialmente coincidentes—imposibilidad de aplicación por analogía, pero posible formación imitativa de presunciones judiciales—, SERRA: *Normas de presunción*, Barcelona, 1963, pág. 82). En el caso que nos ocupa habrá que sopesar cuidadosamente la posible *ratio* de la norma de presunción del artículo 48 Ap. y dilucidar si la misma se presenta igualmente en la comunidad conyugal continuada. Como mera indicación puede observarse que el régimen de responsabilidad de los bienes comunes por las deudas del administrador es en ambos casos el mismo, los frutos de los patrimonios privativos tienen idéntico destino en el patrimonio común, con ligeras diferencias, y, en general, los poderes del administrador y su situación en la comunidad son muy similares todo lo cual nos movería a predicar la aplicación análoga de la norma de presunción. La conclusión, sin embargo, no es absolutamente segura.

(Rectifico en parte con las anteriores precisiones la opinión más radical que defendí en *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés*, ADA, 1963-64, pág. 209, donde pueden verse más por extenso las sentencias y opiniones citadas más arriba).

En la Sentencia que comentamos no se resuelve propiamente la cuestión,

sino que, partiendo implícita pero claramente de la admisión de la subrogación, se da en el caso concreto por probada la misma a base de una presunción judicial, la cual, se dice, reúne los requisitos del artículo 1.253 del Código civil. Es lástima que el Tribunal Supremo no haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la presunción legal de ser comunes los bienes. Es claro que no da lo mismo aceptar en general tal aplicación, que buscar caso por caso la prueba de la subrogación—aunque tal prueba se logre por *presumptiones hominis*—, pues la segunda alternativa parte del entendimiento de regir aquí la regla general sobre la carga de la prueba, por más que se facilite ésta en la práctica.

C) *Breves observaciones sobre el Derecho vigente.*

Para terminar, unas breves indicaciones relativas a la normativa aplicable a este mismo caso si se planteara bajo la vigencia de la Compilación de 8 de abril de 1967.

1. Según el artículo 60-2. Comp. «La comunidad continuada es compatible con la viudedad universal», que es hoy la establecida por la Ley (art. 72. 1. Compilación). Esta declaración, que no deja de plantear difíciles problemas, significa sustancialmente que, dados los requisitos necesarios, tanto para la aplicación del régimen de la comunidad conyugal continuada, como del de la viudedad universal, prevalece sustancialmente aquél, y en consecuencia los frutos que en otro caso adquiriría el cónyuge como usufructuario pasan a ingresar en la comunidad.

En el caso resuelto por la sentencia comentada, si se daban, como parece, los requisitos necesarios para la comunidad conyugal continuada según la Compilación (arts 60 y 61, *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, en «RCDI», marzo-abril de 1968), se aplicarán las normas de la continuada.

2. En cuanto al problema de la presunción de comunidad de los bienes adquiridos por el viudo a título oneroso, la Compilación no es absolutamente clara. En gran parte los datos que se ofrecen al intérprete llevan a consideraciones similares a las que hemos hecho sobre el Apéndice derogado. El principio de subrogación se proclama expresamente (art. 63, 1, 2.º), pero sin norma expresa sobre la prueba. El interesante y discutible número 3 del artículo 63 puede inducir a pensar que, por lo que respecta a los interesados en la comunidad, la subrogación se abandona a las reglas generales sobre la carga de la prueba. Pero tampoco es seguro el argumento.

En definitiva, y a despecho de la novedad que, si bien algo exagerada por sus autores, indudablemente representa la nueva regulación de la comunidad conyugal continuada en la Compilación, el supuesto de hecho planteado en la Sentencia comentada recibiría probablemente idéntica solución.

J. D. E.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.

CON ARREGLO AL ARTICULO 503 NUMERO 2 Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE LO INTEPRETA, SOLAMENTE EN EL CASO DE QUE EL LITIGANTE ACTUE EN REPRESENTACION DE ALGUNA PERSONA O CORPORACION O DE QUE EL DERECHO QDE RECLAME PROVENGA DE HABERSELO TRANSMITIDO POR HERENCIA O POR CUALQUIER OTRO TITULO, HA DE ACOMPAÑARSE NECESARIAMENTE A LA DEMANDA O CONTESTACION EL DOCUMENTO O DOCUMENTOS QUE ACREDITEN EL CARACTER CON QUE SE PRESENTA EN JUICIO. Lo preceptuado en el artículo 506, prohibitivo de que se admita después de la demanda y contestación otros documentos que aquellos que se hallen en alguno de los casos que el mismo enumera, afecta tan sólo a los que deben acompañarse con dichos escritos, conforme previene el artículo 504, por concernir al fondo del pleito, y no alcanza, ni es por consiguiente aplicable a los documentos que tienen por objeto acreditar el carácter o representación con que los litigantes comparecen en el juicio, a los que se refiere el artículo 503 número 2. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1970).

Demanda: El demandado se puso en contacto con la sociedad actora para la ejecución de determinadas obras en un piso y aceptó y firmó el presupuesto global de las obras a ejecutar.

Suplico: Sentencia condenando al pago de lo adeudado..., gastos e intereses y con expresa condena en costas.

Contestación: Excepción 2.ª del artículo 533 de la LEC, ya que el actor contrató con «Espacio» y resultaba sorprendente que le demandase «SAFI Sociedad Anónima» sin justificar su relación con «Espacio», ni probar el pago correspondiente de la contribución, deduciéndose de la documental aportada que son dos entidades completamente distintas y que no podrá ya ser corregido dicho defecto en atención a los artículos 503 y 506.

Suplico: «Se dicte sentencia por la que se estime la excepción de falta de personalidad de la parte actora invocada, o, de entrarse en el fondo del asunto, absolver totalmente al demandado de la demanda en base del incumplimiento de contrato imputable a la demandante, todo ello con los gastos y costas que se ocasionen y que preceptivamente se le impondrán a la parte actora».

En período probatorio a instancia de la parte demandante se admitió, entre la documental pública, librar mandamiento al Registro de la Propiedad Industrial, a fin de que certifique si por la entidad «SAFI. S. A.» se solicitó la concesión de la marca comercial «Espacio...», y si le fue concedida. El juzgado dictó providencia admitiendo los medios de prueba propuestos.

El demandado interpuso recurso de reposición contra dicha providencia y alegó que «dicha prueba no ha debido admitirse, porque con ello se infringe

abiertamente el artículo 306 de la Ley rítuaria civil, en relación con el 503 del mismo Cuerpo legal, al establecer que la demandante deberá acompañar el documento que acredite el carácter con que el litigante se presenta en juicio, y no habiéndose cumplido dicho requisito por la actora, dando lugar con ello a la correspondiente excepción de falta de personalidad, su admisión en este momento, quebranta la letra y el espíritu del mencionado artículo 506, puesto que se pretende subsanar en el período probatorio un defecto de forma denunciado al contestar la demanda.

El Juzgado resuelve no haber lugar a admitir el recurso de reposición.

Primera Instancia. Estima la demanda y condena al pago suplicado, sin excepción alegada.

Apelación. Confirma la sentencia apelada, sin hacer especial imposición de costas

Casación por quebrantamiento de forma «amparado en la causa segunda del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alegando sustancialmente, que se articula el presente recurso en base a que en el procedimiento de instancia se cometió una de las infracciones de forma esenciales del juicio, previstas en el artículo 1.693 de la Ley procesal civil, cual fue la de que, denunciada y exceptuada la falta de personalidad de la actora, al contestar la demanda, se permitió la subsanación de dicho precepto procesal en un momento inadecuado de la litis, como es el período probatorio, en el que se aportó el documento con el que se pretendía justificar la personalidad de la demandante»; «que con ello, se han transgredido abiertamente los artículos 503, 504 y 506 de la Ley de procedimiento civil».

Considerando: «Que al haberse encauzado el recurso exclusivamente por la vía del número 2.º del artículo 1.693, la única cuestión que cabe decidir es la relacionada con la falta de personalidad de la parte actora, por lo que ha de quedar al margen de esta resolución la concerniente a la pretendida infracción del artículo 504, invocada en el único motivo del recurso, ya que dicho precepto no se refiere a la documentación preclusiva de los presupuestos procesales, sino a la de los hechos en que la parte interesada funda su derecho».

Considerando: Que la tesis del recurrente no merece ser acogida por las razones siguientes: «Primera. Con arreglo al artículo 503 número 2, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, solamente en el caso de que el litigante actúe en representación de alguna persona o corporación o de que el derecho que reclame provenga de habérselo transmitido por herencia o por cualquier otro título, ha de acompañarse necesariamente a la demanda o contestación el documento o documentos que acrediten el carácter con que se presenta en juicio, supuesto que no es el de autos. Segundo. Según reiterada y más reciente doctrina de esta Sala, lo preceptuado en el artículo 506, prohibitivo de que se admita después de la demanda y contestación otros documentos que aquéllos que se hallen en alguno de los casos que el mismo enumera, afecta tan sólo a los que deben acompañarse con dichos escritos, conforme previene el artículo 504, por concernir al fondo del pleito, y no alcanza, ni es por consiguiente aplicable a los documentos que tienen por objeto acreditar el carácter o representación con que los litigantes comparecen en el juicio, a los que se refiere el artículo 503, número 2.º, único precepto que, en relación con el 533, 2.º, sirve de base a la excepción de falta de personalidad opuesta por el hoy recurrente al contestar la demanda. Tercera. Como afirma el Juzgado de instancia, en los

impresos utilizados (1) por el demandado con 'Espacio', se lee con una claridad que no deja lugar a dudas acerca de cual sea la correcta interpretación de su contenido; "Espacio Safisa", esto es, que se trata de una sociedad anónima propietaria del nombre comercial "Espacio", documento contractual acompañado por el actor a su demanda y del que se desentiende al formular la presente impugnación.

Fallo. No prospera el recurso y condena en costas.

DESTRUCCION DE CIERTAS OBRAS E INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Con reiteración tiene declarado el Tribunal Supremo, que para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de formas esenciales del juicio no basta indicar el número del artículo de la LEC, en que se funde, sino que además precisa citar el precepto procesal vulnerado y determinar clara y concretamente la causa en que consiste la infracción. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1970.)

Demanda: El actor acciona contra el Ayuntamiento de A. en base de los siguientes hechos: Es dueño en pleno dominio de la finca que se describe; por acta notarial se requirió al Sr. Alcalde de A. para que «se abstuviera de realizar acto alguno de dominio, posesión o de otra naturaleza que fuera atentatorio o lesivo al derecho de propiedad que le corresponde al mismo sobre la parcela de tierra secoano de cabida nueve hanegadas y media aproximadamente, situada en término de A., partido de B., y que adquirió por herencia de sus padres, hallándose debidamente inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, sin que por la Corporación Municipal de A. se contestase a dicho requerimiento dentro del plazo legal»; el Sr. Alcalde dirigió una carta al actor manifestando «no haber realizado acto alguno de dominio sobre el terreno propiedad del actor y que únicamente había un proyecto para la travesía exterior de A., que suponía una gran mejora para la población, solicitando en nombre del Ayuntamiento que representa le autorizara para ejercitar la referida obra, efectuando los actos de dominio y posesión que sean necesarios, sin perjuicio de pagarle el terreno de su propiedad que no se precisó expropiar, rogándole últimamente que cediera el terreno al Ayuntamiento con el fin de llevar a buen término la obra»; se le respondió que «no autorizaba acto alguno de dominio»; a pesar de la claridad de esta comunicación el Ayuntamiento insistió en conseguir la autorización «sin perjuicio de que después se llegara a un acuerdo en el precio de la expropiación del terreno de su propiedad que se precisase para la obra», el hoy actor respondió «por medio de otra carta advirtiéndole que caso de llevarlas a cabo contra su voluntad expresa, se vería obligado a recurrir haciendo uso de los derechos que le asisten». No obstante la advertencia, el Ayuntamiento llevó a efecto «las obras que tenía proyectadas, consistentes en la construcción de un muro y transformación del terreno para condicionarlo en parte como cauce de un desagüe y el resto para camino o carretera efectuando para ello las obras y trabajos necesarios». A consecuencia de lo dicho se formuló la correspondiente protesta y reclamación ante el Ayuntamiento de A. «quien pretendió entonces iniciar el expediente de expropiación forzosa del terreno al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la

(1) Para documentar el contrato concertado.

Ley del Suelo y 108 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales, para intentar legalizar los actos arbitrarios o ilegalidades que ya había cometido, lo que motivó el que por su mandante se recurriese contra tal acuerdo municipal en reposición y luego al ser desestimada ésta en la vía contencioso-administrativa, tramitándose el correspondiente recurso ante la Sala de dicha jurisdicción en la Audiencia de esta Capital, que terminó por sentencia, en la que entre otros pronunciamientos que no afectan al caso, se declaró la inadmisión del recurso respecto de la pretensión que se declare el derecho del recurrente sobre la parcela ocupada por el Ayuntamiento y que se proceda a destruir las obras llevadas a cabo por la Administración, dejándolo en su estado anterior, y a la completa disposición de su dueño, por estimar que esta cuestión debe ser ventilada por la jurisdicción ordinaria, al constituir una ocupación del terreno por la Administración, sin la previa declaración de la expropiación forzosa del mismo». Después, y con el fin de ejercitar la acción civil a que se refiere esta demanda, se formuló en el Ayuntamiento de A. la reclamación previa en vía gubernativa, sin que se accediera a tales peticiones por el Ayuntamiento demandado, habiéndose limitado a contestar «en el sentido de que las obras habían sido realizadas en terreno propiedad del Ayuntamiento, ignorando si realmente con motivo de las mismas se hubiese invadido terreno perteneciente al reclamante, demostrando con tal proceder una mala fe manifiesta en su actuación».

Suplico. Sentencia condenando al Ayuntamiento de A. a que dentro del término de un mes destruya todas las obras dejando la finca en igual estado y condición en que se encontraba con anterioridad y a la completa disposición de su legítimo dueño y poseedor, indemnizando los daños y perjuicios causados, cuya cuantía líquida se determinará en ejecución de sentencia y con expresa imposición de costas.

Contestación: Se alegó incompetencia de jurisdicción, «Queda probado a través de la sentencia pronunciada por la Sala, de lo Contencioso Administrativo la existencia de un proyecto aprobado y de un expediente de expropiación forzosa que afecta a la supuesta parcela sobre la que el actor se atribuye el derecho de propiedad». «La jurisdicción contencioso-administrativa, remitió al recurrente a la Ordinaria para que ante ella instase la declaración de su derecho de propiedad y concretar a través de la misma la finca donde estaban ubicadas las obras». «De lo expuesto se colige la siguiente conclusión: El actor no ejercita una acción meramente declarativa; ejercita única y exclusivamente, una acción de condena, la destrucción que no se le puede conceder porque las obras tuteladas por unos actos administrativos ajenos a esta jurisdicción. Tampoco se le puede declarar su derecho de propiedad porque no lo pide; no pide la declaración de que las obras estén dentro de su propiedad». «Alegó también la excepción de falta de legitimación pasiva». «Se trata, pues, de una carretera provincial, sobre la que el Ayuntamiento no tiene en absoluto ninguna facultad para actuar sobre ella, haciéndola o deshaciéndola. La propiedad, su reparación, conservación y cuidado son de la Diputación Provincial. El Ayuntamiento ofreció a la Diputación Provincial unos terrenos para llevar a cabo la travesía de la carretera por las afueras de la localidad. En concepto de ayuda satisfizo el cincuenta por ciento del coste, a través de una subvención del Estado. La Diputación llevó a cabo las obras y pasó a ser dueña de la carretera. Ni la carretera es del Ayuntamiento ni tiene éste ninguna facultad para hacer o deshacer en el cauce. El actor a quien debe demandar es a los titulares de los derechos cuya destrucción pretende».

Suplico, Sentencia aceptando las excepciones formuladas o desestimando la demanda en todas sus partes y con expresa condena al actor.

Primera Instancia, Estimó la demanda en todas sus partes.

Apelación, Confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Casación por quebrantamiento de forma al amparo «del número sexto del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil». «No se ha formulado reclamación alguna para la subsanación de la falta, porque viene propuesta como excepción de incompetencia de jurisdicción desde la contestación a la demanda, afectando, en consecuencia a la sentencia y no al procedimiento».

Considerando que el presente recurso debe ser desestimado: Primero, porque con reiteración tiene declarado este Alto Tribunal, para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de formas esenciales del juicio, no basta indicar el número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil en que se funde, sino que además precisa citar el precepto procesal vulnerado y determinar clara y concretamente la causa en que consiste la infracción, exigencias incumplidas en el escrito de interposición del recurso. Segundo, Porque, según el número sexto del citado artículo 1.693, a cuya amparo se formula la impugnación, solamente ha lugar el recurso indicado por incompetencia de jurisdicción cuando el supuesto alegado no se halle comprendido en el número sexto del artículo 1.692, negativa que aquí no se da, puesto que el único motivo parece referirse a que, por razón de la materia, ha habido exceso o abuso en el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, por haber conocido de un asunto que a sentir de la Corporación recurrente, se hallaba excluido del ámbito e incluido en el de la contencioso-administrativa».

Fallo. No admite el recurso interpuesto y condena en costas.

EXCEPCIONES DILATATORIAS DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION Y DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA. *El proceso no tiene otra finalidad que la de regular el ejercicio ante los Tribunales de las acciones derivadas de una Ley que atribuye derechos subjetivos cuya eficacia se trata de proteger; en su virtud no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal del que puedan derivarse, ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral o al orden público, entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permitiera.* (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1970)

Demanda: La actora contrajo matrimonio con el demandado el 15 de junio de 1962 y después de consignar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando se dictase sentencia en los siguientes términos. «Primero, Declarando que procede acceder al divorcio de la demandante y el demandado, con disolución del vínculo matrimonial que les une.—Segundo, Declarando que al disolverse el vínculo matrimonial entre los litigantes, están obligados a dividir entre ellos por mitad, todos los bienes de todas clases que hayan adquirido cualquiera de ellos durante el matrimonio.—Tercero, Declarando que el demandado viene obligado a dar alimentos a su esposa y a su hijo en cuantía de cincuenta mil pesetas mensuales.—Cuarto, Declarando que

como consecuencia del divorcio de los litigantes y de la disolución del vínculo matrimonial los cónyuges vienen obligados a dividirse por mitad entre ellos, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, adjudicándoles en igual proporción.—Quinto, Declarando que el demandado es el cónyuge culpable de este divorcio y que el menor hijo antes mencionado debe quedar definitivamente hasta su mayor edad bajo la custodia y potestad de la madre.—Sexto, Declarando que el demandado viene obligado a soportar cuantos gastos y costas por todos conceptos se irroguen a su persona por virtud de este litigio. Séptimo, Condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y a la ejecución de cuanto de sus pronunciamientos resulte y condenándole también al pago de las costas del juicio».

Contestación: Formuló las excepciones 1.ª y 6.ª del artículo 533 de la LEC, exponiendo que la actora es de nacionalidad ceilandesa y su esposo y demandado de la India, que el matrimonio se celebró en Bombay y bajo la legislación de dicho país, los litigantes no son católicos ni están casados canónicamente «que se solicita de contrario en la demanda la nulidad de un matrimonio entre extranjeros, celebrado en el extranjero y se dice que la Ley aplicable es la personal de los litigantes, y no la legislación española, debiendo aplicarse, por tanto, las del país de su nacionalidad; que se alega, además, que no obstante ostenta la actora la nacionalidad del Estado de Ceylán, y el demandado la inglesa o la indostánica, es lo cierto que dicho problema se resuelve fácilmente, por cuanto en todas y cada una de las legislaciones citadas está regulado el divorcio concediéndolo las mismas por las causas que se han invocado en la demanda; concluyendo, que cualquiera que sea la legislación aplicable, el divorcio deberá ser decretado; pese a ello, no se citan en los fundamentos de derecho invocados de contrario, las disposiciones de dichos países que regulan el divorcio vincular, ni el contenido y vigencia de sus preceptos; todo ello consta del fundamento de derecho tercero de la demanda, de donde si bien se afirma que el contenido de las leyes referidas ha de ser probado por la parte que las invoca, ni tan siquiera se citan, dejando señalados en cambio los Consulados y Embajadas de los distintos países en España, para en período probatorio aportar los particulares procedentes; que tanto las leyes extranjeras aplicables al caso como el contenido y vigencia de los preceptos han debido citarse, sin perjuicio de acreditar de modo auténtico su existencia, para que tanto los funcionarios españoles encargados de aplicarlas como la parte demandada las conozcan, y además, para que la parte a quien perjudican pueda impugnarlas con el debido conocimiento de causa, del cual se ha visto privado al desconocer su contenido y vigencia de sus preceptos. Consigna los fundamentos de derecho que estima de aplicación y termina suplicando se declare que el demandado no viene obligado a contestar la demanda interpuesta, por ser incompetente el Juzgado y estar mal propuesta la misma, con imposición de los costas a la actora».

Auto: Estima la excepción, sin expresa condena en costas.

Apelación: El auto de Sala confirma la resolución del Juzgado

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY.

Motivo único: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (infracción de Ley) por violación de los artículos 51 y 70 de la citada Ley, en relación con el 62 de la misma y artículo 27 del Código civil; y de la doctrina legal contenida entre otras, en las sentencias de 10 de julio de 1934 y 30 de mayo de 1961. Que el Ordenamiento jurídico español ha adoptado como principio general en cuanto a los derechos civiles o privados, el de igualdad entre los nacionales y los extranjeros. La más aparente manifestación de este criterio igualitario se encuentra en el artículo 27 del primer Cuerpo legal, según el cual «los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados». Que una de las aplicaciones del citado principio general se encuentra en la posibilidad que tienen los extranjeros de impetrar el amparo de los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria para dirimir las contiendas que se plantean, bien con los españoles, bien con otros extranjeros. Tal posibilidad se encuentra plenamente consagrada en la Ley ritaria en sus artículos 51 y 70. Que afirman de manera categórica y sin ningún género de dudas que los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria tienen competencia para conocer las cuestiones de índole civil que se plantean en España entre extranjeros y no pueden declarar su competencia salvo cuando exista Ley o Tratado que otra cosa establezca. Cuestión diferente es la de la legislación aplicable (nacional o extranjera) para resolver el negocio jurídico de que se trate, pero la competencia de los Tribunales de nuestra Nación se impone en forma de lo establecido en los citados preceptos de la Ley adjetiva. Que ello es así lo ha declarado paladinamente la jurisprudencia de esta Sala en las sentencias de 10 de julio de 1934 y 30 de mayo de 1961. Que en el presente caso la simple lectura del suplico de la demanda es suficiente para poner de manifiesto el carácter civil de la cuestión, pues se pide la disolución de un vínculo matrimonial que al no tener carácter canónico no pasa a la categoría de mero contrato de carácter civil, como asimismo son civiles las consecuencias que se derivan de la disolución de dicho vínculo y que también son objeto del *petitum* de la citada demanda».

«Considerando: Que el proceso no tiene otra finalidad que la de regular el ejercicio ante los Tribunales de las acciones derivadas de una ley que atribuye derechos subjetivos cuya eficacia se trata de proteger; en su virtud no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente legal del que puedan derivarse, ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral y al orden público, entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permitiera, supuesto que ya fue contemplado y resuelto, por este Tribunal en su sentencia de 23 de febrero de 1944, en la que se afirmó que si bien en materia de derechos y deberes de familia y estado de las personas son, en general, de aplicación las leyes del país de origen—criterio reflejado en el artículo 9 de nuestro Código civil—ello se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, según se expresa por el artículo 11 del mismo Código, y si se tiene en cuenta la discutible trascendencia que en materia de buenas

costumbres ofrece cuanto afecta a los caracteres de unidad e indisolubilidad del vínculo conyugal, se impone la consecuencia de someter su regulación a nuestras leyes y la sentencia de 10 de octubre de 1960 añade que es reiterada y conocidísima mediante la cual este Tribunal ha puesto como a todo intento de atacar la legislación reguladora del matrimonio mediante disposiciones y actos realizados en el extranjero; criterio que se ha mantenido asimismo por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 10 de agosto de 1961 que se negó a reconocer eficacia a un divorcio decretado en país extranjero que lo autoriza entre súbditos suyos casados civilmente con arreglo a sus leyes que no reconocían la indisolubilidad del vínculo; y en su virtud no se ha violado el artículo 27 del Código civil ni ha podido por tanto derivarse del mismo en este caso potestad jurisdiccional para conocer de la pretensión intentada, si es pertinente la invocación de los artículos de la Ley procesal citados en el único motivo del recurso que ha de ser desestimado».

Fallo: No admite el recurso de casación y condena en costas.

CONSIDERANDO QUE NO FORMALIZADO EL RECURSO DE QUEBRANTAMIENTO DE FORMA CON LA NECESARIA CLARIDAD Y PRECISION EXIGIDAS PARA SU PROPOSICION POR LA LEY DE ENJUICIAR, ESTE DEFECTO LE HACE INADMISIBLE, APARTE DE QUE FUNDADO EL EJECUTIVO EN UNAS CAMBIALES, LA INVOCADA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA JURISDICCIONAL NO ESTA COMPRENDIDA EN NINGUNO DE LOS CINCO PRIMEROS NUMEROS DEL ARTICULO 1464 DE LA LEY PROCESAL, POR LO QUE SEGUN EL ARTICULO 1465 PROCEDE SU DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1970).

Demanda: Se dedujo demanda ejecutiva y se dictó auto despachando ejecución y «ordenando se librase mandamiento para requerimiento de pago a la entidad deudora, y para que si en el acto no lo hacía efectivo, se procediera al embargo y depósito de sus bienes y en cantidad bastante a cubrir las sumas expresadas»

Diligencia de embargo. Constituida la Comisión judicial en el domicilio designado como de la entidad deudora y no hallando a su representante legal, a pesar de la diligencia en su busca previamente practicada se requirió a un empleado de dicha entidad... y que además esta Sociedad no estaba domiciliada actualmente en el lugar donde se estaba realizando la diligencia; el Procurador del actor insistió en realizar la diligencia en dicho lugar «todavía que las cambiales se hallaban domiciliadas en el mismo y además en el portal del edificio existía un anuncio de la sociedad demandada...».

Oposición a la ejecución y con carácter previo «promovió demanda incidental de incompetencia de jurisdicción alegando que la demanda se había planteado para la ejecución de dos cambiales libradas a cargo de la demandada; que se reclaman tales cambiales en un domicilio donde se ha practicado el requerimiento, que no es el de la Sociedad demandada». El Juzgado de Primera Instancia dictó providencia «teniendo por opuesta a la Sociedad demanda a la ejecución contra ella despachada, declarando no haber lugar a tramitar la incidencia formularia por no permitirlo el cauce del juicio ejecutivo, y concediendo a la representación de la ejecutada el oportuno plazo para formalizar la oposición anunciada».

Recurso de reposición. Contra la providencia anterior se alegó que el cauce del juicio ejecutivo no admite trámite alguno de incidencias, pero ello no es de carácter absoluto, en virtud del artículo 1.480 de la LEC., que es el que se considera infringido y que la incompetencia que en el presente recurso se denuncia es la territorial por imperativo legal del artículo 66 de la LEC.; que «el momento adecuado para tramitarse esta incidencia era el presente, ya que posteriormente sería antiprocesal, en virtud del artículo 1.480, párrafo segundo de la Ley rituarial»; «se llamaba la atención del juzgador sobre la diligencia de emplazamiento, embargo y citación de remate, toda vez que la misma no se ha practicado conforme a las ortodoxas reglas del procedimiento, en sus artículos 1.442 y 1.447, así como con los concordantes, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Auto. No admite la reposición y condena en costas.

Apelación. El auto de alzada desestima la apelación, salvo «en el particular relacionado con la condena en costas decretada en el mismo, que revocó por no estimar temeridad jurídica en la parte recurrente, así como tampoco en el recurso».

Casación por quebrantamiento de forma. Fundado «en las causas primera y sexta del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando en síntesis que la recurrente había sido condenada en un procedimiento donde se cometieron las dos infracciones previstas en los mencionados números primero y sexto del artículo 1.693 de la Ley procesal civil, pues en la primera instancia no se practicó la citación de remate ordenada por el artículo 1.459, que según reiterada jurisprudencia equivale al emplazamiento en el domicilio de la Sociedad demandada, conforme establece el artículo 66 de la Ley rituarial; «y así bien, tampoco se siguió en el embargo de bienes, el orden previsto por el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que el ejecutante trabó unos bienes que la recurrente tenía y que obraban en su poder, con grave daño para los intereses...».

Considerando: «Que no formalizado el recurso de quebrantamiento de forma con la necesaria claridad y precisión exigidas para su proposición por la Ley de Enjuiciar, este defecto le hace inadmisibile, aparte de que fundado el ejecutivo en unas cambiales, la invocada excepción de incompetencia jurisdiccional no está comprendida en ninguno de los cinco primeros números del artículo 1.464 de la Ley Procesal, por lo que según el artículo 1.465 procede su desestimación»

Fallo: No admite el recurso y condena en costas

E. I. M.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

COMPETENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS PARA CONDICIONAR LA APROBACION DE LA ORDENACION URBANISTICA DE UNA MANZANA

SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1970.

I. INTRODUCCIÓN.

Esta importante sentencia de 5 de noviembre de 1970, de la que fue ponente don Juan Becerril y Antón Miralles, en sus considerandos sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que este recurso contencioso-administrativo se ejercita contra los siguientes actos, según puede precisarse, tanto del escrito de interposición como de la expresión concreta que, respecto a ello, confirma la demanda: 1.º Acto administrativo de 12 de abril de 1967, por el que la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana (ratificando una aprobación provisional del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 27 de febrero de 1967) aprobó definitivamente el proyecto de rectificación de alineaciones interiores y exteriores de la manzana matritense comprendida entre las calles de Barquillo, San Marcos, Libertad y Augusto Figueroa condicionando la aprobación a que 'el promotor de la reforma, solucione a satisfacción del Ayuntamiento el acomodo de los vecinos e industriales que han de ser desalojados de las fincas, que comprende esta Ordenación'; 2.º Contra la desestimación presunta por el Ministerio de la Vivienda del recurso de alzada contra el acto anteriormente fijado, bien entendido, siempre, que, por el recurrente no se impugna la rectificación de alineaciones, sino, tan sólo, la segunda parte de la disposición resolutive referente al condicionamiento de acomodo de vecinos e industriales.

Considerando: Que previo al estudio de la cuestión de fondo ha de examinarse la causa de inadmisibilidad alegada por la representación de la Administración, por entender ésta que el plazo para ejercitar el recurso contencioso-administrativo, en los casos de desestimación por la tácita silente del recurso de alzada ha de computarse sumando a los tres meses del artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, más los dos meses que señala el artículo 58 de la Ley Jurisdiccional, más tal interpretación no es viable, ante la presencia, repetida y ampliamente expuesta, de la Jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso y más concretamente, de ésta, que tienen pluralmente declarado que el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, cuando interpuesta la alzada contra el acto administrativo primario contra el que aquél se insta, se confirma por virtud de la doctrina general del silencio administrativo, es el de un año, a partir de la fecha de la presentación, del recurso de alzada, siempre que éste, como es lógico, haya sido a su vez presentado dentro del plazo que le es propio, pues así corresponde entender la conexión del artículo 125 de la Ley de Procedimiento y el 58 de la Ley Jurisdic-

cional tal y como tienen definidos, las sentencias de 7 de noviembre y 7 de diciembre de 1969, 14 de marzo de 1970 (recurso 8.081 de 1966) y 16 de marzo de 1970 (recurso 1.023) en que se hace sucinta exposición de este mismo punto procesal y a cuya doctrina es pertinente atenerse, lo que supone, en este caso que se falla, la desestimación de la causa de inadmisibilidad propuesta.

Considerando: Que en cuanto al tema de fondo, éste se refiere a un punto muy concreto, ya que lo que se trata de impugnar, no es la decisión fundamental, constituida por la aprobación del proyecto de rectificación de alineaciones exteriores de la manzana de casas a que este recurso afecta y que, por consiguiente, queda firme en cuanto a tal extremo, sino el aditamento o segundo punto de la parte resolutoria de los actos administrativos impugnados que incluye como condición para la aprobación que el promotor de la reforma solucione a satisfacción del Ayuntamiento el acomodo de los vecinos e industriales que han de ser desalojados de las fincas que comprende la Ordenación; disposición que forzosamente ha de valorarse como inadecuada a la materia del expediente tanto en el aspecto subjetivo y aleatorio de las personas a quienes se encomienda, como en el orden de la materia a que se refiere, absolutamente impropia de una declaración administrativa, nula, por consiguiente, con arreglo al artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (sin que nada tenga que ver con la aplicación de la doctrina de la desviación de poder), y que sólo puede contemplarse desde el punto de vista de la aplicación del derecho material, en cuanto a sustantividad apoyada en el derecho administrativo, como una mera sugerencia filantrópica, inspirada en conceptos sociológicos para evitar problemas de, sin duda, alta consideración individual, pero que, en realidad, no pueden formar parte del acto administrativo, como creación de derecho de este orden, en expresión de la actividad jurídica de la Administración pública, y que, por consiguiente, carece de fuerza vinculante para el administrado; más como quiera que los términos de la declaración contenida en la parte activa, o decisoria, de la resolución administrativa, que se impugna, pudiera inducir a error y suspender, o que se entendiera como una condición suspensiva de la actividad de la administración, la efectividad del acto genérico, por la inclusión de este específico aditamento, es procedente, en términos de derecho, declarar nula y sin efecto, como no ajustada a él, la condición supradicha contenida en la segunda parte del acto administrativo a que se ciñe la impugnación contenciosa.»

Dos son, por tanto, los problemas que la sentencia plantea y resuelve: uno procesal, sobre el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta del recurso de alzada; otro, de fondo, sobre legalidad para imponer condiciones no previstas legalmente al aprobar el proyecto de ordenación urbana.

II PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA DENEGACIÓN PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Al problema nos hemos referido en alguna ocasión desde las páginas de esta REVISTA. Las oscilaciones de la jurisprudencia, así lo imponen.

En principio, cabían tres posibles soluciones (1).

(1) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, 2.ª edición, Madrid, 1969, páginas 278-283.

Se ha planteado el problema del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta del recurso de alzada por silencio administrativo. La cuestión ha surgido como consecuencia del artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al establecer para el recurso de alzada un plazo de tres meses para que se produjera automáticamente la denegación presunta por silencio. Antes de la Ley de Procedimiento Administrativo únicamente se admitían en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa dos supuestos de silencio administrativo y correlativamente, dos plazos para deducir el «recurso contencioso-administrativo en los casos de silencio administrativo»: uno, el general del artículo 38, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (en denegación presunta) y otro, el especial para el recurso de reposición del artículo 54, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en cuyo caso el plazo para el contencioso era de un año desde la interposición del recurso).

No existía un supuesto especial de silencio administrativo para el recurso de alzada. Por tanto, antes de la Ley de Procedimiento Administrativo no ofrecía duda que en el supuesto de recurso de alzada no se producía automáticamente la denegación presunta por el transcurso de un plazo de tres meses, sino que transcurrido éste era necesaria la denuncia de mora, según el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y en cuanto al plazo para el contencioso se aplicaba la regla general del artículo 58, párrafo 4.º, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por tanto, producida la denegación presunta—denegación que se operaba según lo dispuesto en el artículo 38, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—, el recurrente tenía el plazo de un año para incoar el proceso administrativo.

La Ley de Procedimiento Administrativo, como es de sobra sabido, modificó el régimen del silencio administrativo y en su artículo 125 dispone que en los casos de recurso de alzada se produce la denegación presunta por el simple transcurso de tres meses, sin necesidad de denuncia de la mora.

Ahora bien, una vez que se presume denegando el recurso de alzada por el transcurso del plazo de tres meses ¿qué plazo es el que rige para la interposición del recurso contencioso-administrativo? ¿El de un año contado desde la interposición del recurso de alzada, aplicando por analogía el precepto que por el recurso de reposición contiene el artículo 58, párrafo 2.º? ¿O el de un año, contado desde la denegación presunta?

La doctrina, al ocuparse del tema del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, solía distinguir dos supuestos:

— Uno, plazo de dos meses para la impugnación de resolución expresa.

— Otro, plazo de un año para recurrir frente a las denegaciones presuntas (2), sin distinguir los distintos casos en que se produce el silencio administrativo.

Interpuesto el recurso de alzada, pues, si se resuelve expresamente se aplica la regla primera del plazo de dos meses; si se presume denegado por silencio administrativo, la regla segunda del plazo de un año.

(2) ALVAREZ GENDÍN, *Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1960, páginas 149-160; y PERA VERDAGUER, *Comentario a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963, págs. 220-221.

Pero, además, existe otro importante y decisivo argumento para justificar la aplicación del plazo de un año. Puede resumirse así (3):

Después de entrar en vigor la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa fue la de procedimiento administrativo, según se ha dicho, la que también prevé el silencio automático—sin necesidad de denuncia de la mora—para el recurso de alzada. Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso sin que se notifique su resolución, se entenderá desestimado (art. 125 de la Ley de procedimiento administrativo).

Por la razón apuntada, la Ley de la jurisdicción no aplica al recurso de alzada las reglas especiales que para el recurso de reposición contenía el artículo 58, párrafo segundo, al no existir entonces silencio automático, cuando se tratase de recurso de alzada se aplicaba el mismo párrafo cuarto del art. 58.

Una vez en vigor el artículo 125 de la Ley de procedimiento administrativo se ha operado, respecto del recurso de alzada, una *modificación legislativa en orden al momento en que se produzca la denegación presunta; pero no en orden al plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa*, que la Ley de procedimiento administrativo no pretendió modificar. Según su art. 125, no hace falta denuncia de la mora para que se entienda desestimado un recurso de alzada. Esta es la modificación introducida en el régimen general del silencio administrativo que preveía el art. 38 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. A partir de la Ley de procedimiento administrativo, en los supuestos de alzada no hace falta denuncia de la mora; la denegación se produce automáticamente por el transcurso de tres meses sin notificar resolución expresa. Pero, producida la denegación presunta por silencio administrativo, el plazo para acudir a la vía contencioso-administrativa será el de un año, a que se refiere el artículo 58, párrafo cuarto, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contando desde el momento en que se entiende desestimado el recurso; pues este plazo no ha sido modificado—ni pudo serlo—por la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo ámbito era distinto.

Al enfrentarse con el problema, la jurisprudencia no dudó en aceptar la doctrina que acabamos de expresar. Por ejemplo, la Sentencia de 16 de noviembre de 1961 (ponente: Bermúdez Acero) y la de 29 de noviembre de 1961 (ponente: Suárez Vence), que en su primer Considerando establece: 'que con arreglo al inciso cuarto del artículo 58 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, en el supuesto previsto en el apartado c) del artículo 53, será el de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, y de consiguiente, formulado por Don... su recurso de alzada el 30 de junio de 1960 quedó por silencio administrativo, denegado, conforme al artículo 125 de la Ley de procedimiento-administrativa, al no recaer acuerdo expreso transcurridos los tres meses el 30 de septiembre de 1960; e interpuesto, el 18 de febrero de 1961, el presente recurso contencioso-administrativo contra dicha desestimación, estaba corriendo el plazo de un año señalado en el inciso cuarto del artículo 58 mencionado, por lo cual no es acogible al motivo de inadmisibilidad alegado por la Administración al amparo del apartado f) del artículo 82 de la Ley citada'

En el mismo sentido, una sentencia de 25 de enero de 1964.

No obstante, esta doctrina correcta va a sufrir alguna desviación. Y en al-

(3) GONZÁLEZ PÉREZ, *El cómputo del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 33, págs. 111-117, y en «El Consultor de los Ayuntamientos», núm. 52, de 1964, págs. 1.575-1.580.

guna concreta ocasión, el Tribunal Supremo va a apartarse de ella para seguir algunas de estas direcciones:

a) Que se aplica el plazo general de dos meses. Así, las sentencias de 6 y 17 de marzo de 1965, cuya doctrina se reitera en la de 7 de junio de 1965, que declara: «.. Es preciso tener en cuenta el precepto del artículo 125 de la Ley de procedimiento-administrativo, según el cual transcurridos tres meses desde la interposición de la alzada sin que se notifique su resolución, se entenderá desestimada y quedará expedita la vía procedente, que por quedar con ello agotada la administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, número cuatro, en relación con el artículo 17 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al tratarse de Director General y de materia relativa a personal no es otra que la jurisdicción contencioso-administrativa, y el plazo para acudir a ésta es, según el número tres del artículo 58 de la Ley jurisdiccional, en concordancia con la indicada norma del 125 de la de procedimiento-administrativo, el de dos meses a partir del transcurso de los tres meses de la alzada sin que se notifique su resolución, o sea desde el 4 de agosto de 1962, quedando, por tanto, cumplido el 2 de octubre de 1962; pues no se trata, según antes hemos puntualizado, del supuesto previsto en el apartado c) del artículo 53 de la Ley reguladora de la jurisdicción, toda vez que no es impugnación de un acto presunto en virtud de silencio administrativo, regulado en el artículo 38 de esta última Ley y por ello de aplicación al cómputo del plazo de la regla contenida en el número cuatro del 58, o sea, de un año desde el día siguiente al en que se entiende desestimada la petición como señal el representante de la Administración, sino de impugnar no la desestimación de la petición, sino la resolución tácita desestimatoria de la alzada: y como quiera que al presentar el actor el recurso contencioso-administrativo en 7 de agosto de 1963, había transcurrido con notorio exceso el indicado plazo de dos meses, de aplicación al presente caso; estando, asimismo, expirado el de un año, a que se refiere en su alegación la defensa de la Administración, es obligado apreciar por el primer fundamento la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del apartado f) del artículo 28 de la Ley jurisdiccional, según el cual la sentencia declarará aquélla cuando el escrito inicial se hubiese presentado fuera del plazo establecido, conclusión que impide examinar y resolver el problema de fondo suscitado en el recurso (4).

En el mismo sentido, la de 5 de diciembre de 1968.

b) Que se aplica el plazo para el recurso de reposición y en consecuencia, deberá incoarse el contencioso-administrativo dentro del año siguiente a la presentación del recurso de alzada. Esta posición inicialmente no obtuvo la sanción jurisprudencial (5); sin embargo, pese a su falta de fundamento fue acogida en una de las más prestigiosas obras sobre nuestro proceso administrativo (6). Y, sin duda por influencia de la misma, ha llegado a ser aceptada, recientemente, en numerosas sentencias. Así, en sentencias de 7 de noviembre y 12 de diciembre de 1969. La sentencia de 21 de enero de 1970, dice: «...si en

(4) Al problema me referí en *El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta del recurso de alzada*, «El Consultor de los Ayuntamientos», 1965, págs. 983 y siga., así como en *Derecho procesal administrativo*, 2.ª edición, Madrid, 1966, II, págs. 638-643.

(5) Las sentencias dictadas a raíz de la Ley de Procedimiento Administrativo se inclinaron a favor de la posición correcta.

(6) TRUJILLO, QUINTANA Y BOLA, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1966, II, págs. 104-106.

verdad, no ha dejado de producirse cierta vacilación en la doctrina legal, cuando del recurso de alzada desestimado por silencio administrativo se trataba, por la concreta referencia, que el antes indicado apartado 2.º del artículo 58, hace el de reposición y lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley de 17 de julio de 1958, sobre procedimiento-administrativo, últimamente, una vez aclarado el sentido con el que había de entenderse el precitado artículo, de no tener otro alcance que el de dar por suprimido, concretamente para el recurso de alzada, el sistema general de la necesidad de acusar la mora, para poder inferir producida la denegación por silencio administrativo, se viene manteniendo con unanimidad respondiendo, así al criterio del legislador, de establecer un régimen general, la equiparación de ambos recursos; reposición y alzada, a los efectos del plazo, en las denegaciones presuntas, de interposición del correspondiente recurso por esta vía jurisdiccional, que lo es, como ya ha quedado expresado el de un año a contar de la fecha de interposición del recurso sea de reposición o alzada, de tal modo acogido en sentencia *inter alia* como más recientes de 7 de noviembre y 17 de diciembre de 1969 y Auto de 18 de este último mes y año de esta propia Sala».

De estas tres soluciones ha prevalecido, al menos en la jurisprudencia de la Sala Cuarta, aquella que aplica por analogía el precepto sobre el plazo para recurrir contra la denegación presunta del recurso de reposición, y consigna que el plazo es de un año contado desde la interposición del recurso de alzada. Así lo hace la sentencia comentada.

III. CONDICIONAMIENTO DE LOS ACTOS DE APROBACIÓN DE ORDENACIONES URBANÍSTICAS.

1. *El problema de la licitud de los elementos accidentales del acto administrativo.*

Uno de los temas más debatidos de la teoría del acto administrativo ha sido el de la admisibilidad de que el contenido natural del acto se someta a condiciones accidentales o secundarias no previstas en el Ordenamiento aplicable.

Hay que partir de un principio elemental: la tipicidad del acto administrativo (7). El Ordenamiento jurídico recoge las formas típicas a través de las que se desarrolla la actividad administrativa. De este modo cada institución, cada acto, ofrece un régimen jurídico peculiar y propio. A él se refiere la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al hablar de «la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones» (8).

¿Puede el órgano administrativo competente someter ese contenido natural del acto a condición, término o modo?

Cada día es más frecuente en nuestra práctica administrativa que el órgano competente para dictar un acto introduzca en su contenido una serie de cláusulas accesorias que llegan a desnaturalizar su régimen propio.

Por el procedimiento recusable de introducir condiciones que desnaturalizan el régimen del acto, se ha escapado—o intentado escapar—de la aplicación de principios tan esenciales como el de la responsabilidad de la Administración. Tal es el caso de buen número de licencias, autorizaciones o permisos otorgados por determinados Departamentos ministeriales. Con arreglo a la nueva

(7) MARTÍN RETORTILLO (S.), *La desviación de poder en Derecho español*. «Revista de Administración pública», núm. 22, págs. 140-141.

(8) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 325-328.

legislación es indudable que una vez dictados aquellos actos, si razones de interés público exigen su revocación, habrá que indemnizar a su titular de los daños ocasionados por la revocación. Pues bien, la Administración ha escapado de esta aplicación del principio añadiendo a la licencia, autorización o permiso una cláusula en virtud de la cual se otorgan en precario, reservándose expresamente la facultad de revocar sin indemnización. Con ello se infringe principio tan elemental de Derecho administrativo como el que prohíbe en todo acto administrativo incluir elementos accidentales o accesorios que vayan en contra de su contenido esencial (9).

Es evidente que estas cláusulas accesorias son legalmente improcedentes.

¿Hasta qué punto son admisibles las cláusulas accesorias?

Pueden sentarse los siguientes principios:

a) Que así como en los actos de contenido reglado, es improcedente cualquier condicionamiento no previsto en la normativa reguladora, en los de contenido discrecional resultan admisibles aquellas cláusulas o condiciones que no resulten contrarias al Ordenamiento o desvirtúen el régimen propio del acto (10)

b) Que cuando la cláusula accesoria incurra en alguna de estas infracciones, la misma será inválida, sin que ello determine la invalidez del acto principal. Esta distinción es fundamental.

2. *La condición impuesta en el acto objeto del recurso contencioso-administrativo resuelto por la sentencia de 5 de noviembre de 1970.*

El acuerdo fue dictado en expediente de aprobación de un proyecto de rectificación de alineaciones interiores y exteriores de una manzana. Pero no se limitó a la aprobación de esa rectificación de alineaciones, sino que condicionó la aprobación a que «el promotor de la reforma solucione a satisfacción del Ayuntamiento el acomodo de los vecinos e industriales que han de ser desalojados de las fincas que comprende esta ordenación».

El acuerdo principal era correcto. Cuando ante el órgano administrativo competente se somete a aprobación un plan, ordenanza o proyecto de alineación o urbanización, su competencia se extiende a la homologación de si los mismos se ajustan o no a las normas urbanísticas y planes de rango superior de ineludible cumplimiento.

El Ayuntamiento de Madrid, al aprobar el proyecto de rectificación de alineaciones interiores y exteriores de la manzana, se ajustó a la ordenación vigente.

Pero no lo fue al imponer una condición improcedente, que pugnaba abiertamente con la reglamentación vigente. En efecto:

Es principio general del Derecho público el de la competencia. Cada órgano debe actuar dentro de su esfera de atribuciones, ya que la competencia es —como dice la sentencia de 22 de noviembre de 1954— «el llamamiento que hace la Ley a determinada autoridad o corporación para entender perfectamente a toda otra en un asunto que a la Administración incumbe». Con anterioridad, otra de 11 de enero de 1936 había declarado que «la competencia de todo órgano del Estado representa un conjunto de poderes concedidos por un acto

(9) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., pág. 327.

(10) ROYO-VILLANOVA (S.), *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944; BOQUERA, *El condicionamiento de las licencias*, «Revista de Administración pública», número 87, págs. 173-203.

creador a un órgano creado o delimitado dentro del ámbito de cada uno, mediante normas reguladoras del Derecho público en plena eficacia de vigencia».

Como principio fundamental de organización, las normas en que se concreta son irrenunciables. De aquí que la competencia deba ejercerse por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las Leyes (art. 4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo) Y cuando un órgano administrativo invade la esfera de atribuciones de otro, la sanción es la anulabilidad, y hasta la nulidad de pleno Derecho, según el artículo 47, párrafo 1, apartado a), de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando es manifiesta. En este sentido, por ejemplo, las sentencias de 25 y 31 de marzo, 10 y 14 de diciembre de 1966. Como exponente de esta doctrina, recordaremos la sentencia de 30 de noviembre de 1966, que afirma: «Es misión principalísima de esta especial jurisdicción, velar por la correcta aplicación de las normas procesales, que, por ser de orden público, obligan por igual a la Administración y a los administrados que integran todo un sistema de garantías jurídicas y marcan caminos por los que el Derecho se realiza en la vida e imperativamente procede imponerse por la autoridad una de las más importantes garantías del proceso administrativo, es, precisamente, la de que el órgano de la Administración actúe y se produzca dentro de su esfera competencial, y ello con la ineludible consecuencia de nulidad impuesta por el legislador en el artículo 47, apartado a), de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, precepto que estatuye la nulidad de pleno Derecho para el acto dictado por órgano manifiestamente incompetente».

Este supuesto, es incuestionable que aquella cláusula accesoría impuesta por el Ayuntamiento en su acuerdo de aprobación del proyecto de rectificación de alineaciones era inválida, por invadir la esfera de atribuciones de otro órgano del Estado. En efecto:

a) Es incuestionable que el Ayuntamiento, dentro de su esfera de atribuciones, al ejercer sus potestades discrecionales, puede imponer a los administrados las condiciones que considere convenientes, siempre con el límite del interés público, ya que el apartamiento del mismo incurriría en desviación de poder. Pero lo que en modo alguno pueden hacer los órganos municipales es imponer condiciones que supongan una infracción del Ordenamiento jurídico o invadir la esfera de atribuciones de otra entidad.

b) Por lo que respecta a la extinción de las relaciones arrendaticias sobre un inmueble urbano y posibles derechos de los arrendatarios en orden a un posible retorno, el Ayuntamiento podrá pronunciarse en la forma que considere más oportuna, *siempre y cuando no exista norma expresa que regule en determinado sentido aquellas situaciones*. Si no existe normativa aplicable, reconocemos potestad plena al Ayuntamiento. Pero no cuando la norma existe.

c) Uno de los supuestos en que el Ordenamiento jurídico prevé y regula detalladamente los efectos sobre la relación arrendaticia de una decisión administrativa es, precisamente, el de demolición de inmuebles para edificar una nueva finca que cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas, respetando al propio tiempo, el número de locales de negocio. La regulación se contiene en los artículos 78 y siguientes de la Ley de arrendamientos Urbanos, preceptos sobre los que ha recaído una reiteradísima jurisprudencia. Con arreglo a esta regulación, resulta:

a') Que dictado por el Gobernador civil el acuerdo autorizando el derribo,

se produce una excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento, y, por tanto, la resolución de éste en el proceso civil correspondiente.

En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 29 de diciembre de 1964, dice: «La resolución del Gobernador autorizando el derribo tiene eficacia en sí para que pueda entablarse la acción ante los Tribunales, pues la Ley lo considera no susceptible de recurso, firme a estos efectos, a diferencia del caso regulado por el artículo 114-10, declaración de ruina».

En análogo sentido, las sentencias de la misma Sala primera de 26 de mayo de 1958, 27 de febrero, 4 de marzo y 11 de junio de 1959, 13 de abril de 1962, 23 de diciembre de 1963 y 22 de junio de 1964.

b') Que se reconoce al arrendatario el derecho de retorno, con el cumplimiento estricto de los requisitos que enumera el artículo 81 de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos. En caso de incumplimiento de estos requisitos, se extingue el derecho de retorno.

Así lo ha venido exigiendo la jurisprudencia contencioso-administrativa y la civil. Entre la primera, una sentencia de 1 de marzo de 1965, dice: «El derecho de retorno está subordinado al cumplimiento por el arrendatario del desalojo dentro del tiempo de requerimiento, y de no hacerlo incurrirá en la sanción de pérdida del mismo».

Entre las sentencias civiles, entre las más recientes, cabe citar las siguientes:

— Sentencia de 30 de octubre de 1963: «Por ser doctrina reconocida por esta Sala—sentencia de 28 de junio de 1961—que cuando el arrendatario continúa en la posesión del piso, transcurrido el plazo señalado, convierte él mismo, por su resistencia a dejarlo, en causa de resolución, el contrato que le ligaba con el propietario, que es lo que aquí ha acontecido y no procede su prórroga ulterior, debido a no ser admisible el dejar sin efecto un plazo por la sola voluntad del arrendatario».

— Sentencia de 23 de diciembre de 1963: «El plazo para el ejercicio de la facultad que al arrendatario confiere el artículo 81 ha de producirse dentro del año de la notificación del propósito de derribo que señala el 78 de la Ley, hasta tal punto que el arrendatario que no desaloja el local en ese plazo pierde su derecho de opción, por todo lo cual y habiendo transcurrido con exceso el año de preaviso, sin que el demandado haya desalojado en ese plazo pierde su derecho de opción, por todo lo cual habiendo transcurrido el año de preaviso sin que haya desalojado el local origen de la presente contienda judicial procede estimar la acción de denegación de prórroga del arrendamiento concertado, perdiendo en su consecuencia todo derecho de retorno al inmueble reedificado, y ello, de conformidad con la causa 11 del artículo 114 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos».

— Sentencia de 7 de abril de 1964: «El arrendador notificará de forma fehaciente al usuario con un año de antelación la autorización de demolición concedida y tiempo de comienzo de las obras, quedando sin efecto si transcurriere el plazo sin principiarlas, de donde se desprende que el edificio ha de estar desalojado dentro del tiempo de iniciación de las obras, y como este requisito ha quedado incumplido por parte del arrendatario, es indudable que se ha extinguido su derecho de opción de retorno porque todos los derechos nacen y crecen ante un supuesto o situación de la Ley fija y como en el presente caso el arrendatario no ha cumplido las obligaciones que la Ley señala, queda fuera de toda duda que no le asiste el derecho de retorno, sin que se pueda entender, como sostiene el primer motivo del recurso, que no hay plazo

para suscribir el documento a que se refiere el artículo 81 siempre que se haga antes del desalojo, pues este artículo se ha de interpretar coordinándolo con los demás, pues de no ser así quedaría al arbitrio del arrendatario el comienzo de las obras que, como antes se dice, se fija por la autoridad gubernativa».

Desde el momento que la competencia municipal se limita a verificar si el proyecto se ajusta o no a las Ordenanzas vigentes, no puede extenderse a cuestiones cuyo conocimiento se atribuyen por Ley a órganos distintos.

Desde el momento que existe un acuerdo del Gobernador civil autorizando el derribo, las consecuencias de este acuerdo, la decisión acerca de la resolución de los contratos de arrendamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

El Ayuntamiento no puede interferir la competencia de la jurisdicción ordinaria, ni hacer pronunciamientos sobre cuestiones civiles ya prejuzgadas. Pues ello supondría la más grave de las incompetencias: no la de invadir un órgano administrativo la esfera de atribuciones de otro; sino la invasión por parte de la Administración como un todo la jurisdicción de los Tribunales ordinarios (sentencias de 19 de diciembre de 1962, 18 de junio de 1964, 28 de mayo, 18 de noviembre y 14 de diciembre de 1966).

3. *Conclusión.*

La sentencia comentada antes transcrita, manejando con la más depurada técnica conceptos elementales del Derecho administrativo, nos ofrece una correcta doctrina sobre la eficacia de las cláusulas accesorias.

Su valor es extraordinario ante el manifiesto abuso de nuestros órganos administrativos—estatales y locales—en el empleo de este tipo de cláusulas: unas veces, para escapar del régimen propio al tiempo de acto principal; otras, invadiendo la esfera sagrada de los Tribunales.

Sólo con sentencias como la que hoy comentamos, puede el administrado encontrar defensa y garantía ante las arbitrariedades cada día más frecuentes de nuestros administradores, en su obstinada actitud de realizar su personalísima interpretación del interés público, con olvido del Ordenamiento.

J. G. P.