

II. Sentencias

A cargo de: Emilio BLANCO
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERIO
Esther GOMEZ CALLE
Alberto MANZANARES SECADES
Fernando OLEO BANET
Luis ROJO AJURIA

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Solidaridad. Interrupción de la prescripción.— A todos los demandados les alcanza responsabilidad solidaria por consecuencia de los daños y perjuicios en cuestión, y determina que la actividad interruptora de prescripción producida con relación a uno solo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido.

Apreciación de la prueba suministrada por las partes.— Es de la exclusiva soberanía de la Sala de Instancia, cuya estimación sólo puede combatirse en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demostrando el error de hecho o de derecho en la forma que en él se determina. (STS 19 abril 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—Una promotora contrató con un contratista las obras de excavación y cimentación de un solar, a fin de construir dos bloques de viviendas, interviniendo también un arquitecto y un aparejador. Debido a tales obras se produjo el derrumbamiento de la casa de la actora, que interpuso demanda solicitando indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

2. Interrupción de la prescripción extintiva. Acto de conciliación.— Es doctrina reiterada de esta Sala de Casación que el acto de conciliación, incluso a través de la mera presentación de la papeleta de demanda, interrumpe por sí solo la prescripción extintiva de acciones sin necesidad de que dentro de los dos meses siguientes se interponga la demanda. (STS 15 julio 1985, ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercitó por el arquitecto demandante una acción personal de reclamación de honorarios profesionales, que fue estimada por parte del Juez de Primera Instancia, a la vez que desestimaba la excepción perentoria de prescripción opuesta por el demandado. Apelada por éste la sentencia, fue revocada por la recurrida al estimar la excepción expresada. Prospera el recurso de casación interpuesto por la representación del arquitecto. (A.C.S.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Capacidad procesal del suspenso: innecesariedad de autorización judicial.— La norma del apartado 4.º del artículo 5.º de la Ley de Suspensión de Pagos, sólo impone a los Interventores el deber de informar al Juez acerca de la procedencia de cualquier reclamación del suspenso frente a terceros, pero no exige autorización judicial para que el suspenso ejercite acciones, debiendo recordarse que, según el artículo 6.º de la misma Ley, éste conserva en principio la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, y en el presente caso, la conducta del suspenso al reclamar lo que se le debe aparece tanto más correcta, desde la vertiente de su personalidad, para actuar, cuanto que expresamente la sentencia hace constar que formuló su reclamación «con conocimiento del Interventor», cuya presencia hace más inobjetable su intervención. (STS 8 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

4. Cooperativas: acuerdo para exigir responsabilidad a sus órganos rectores: validez, aunque no figure en el orden del día.— Cuando se trata de la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo, el artículo 35.2 de la Ley de Cooperativas establece que podrá ser ejercitada por la Asamblea General en cualquier momento, precepto que se reproduce en los Estatutos de la entidad, y que obedece a la importancia y urgencia de la materia, sobre la cual es lógico que pueda tomarse la decisión de los cooperativistas, en el seno de la Junta General, a consecuencia de una deliberación suscitada sobre la conducta de los administradores, que no debe hacerse depender —con el consiguiente aplazamiento— de una nueva convocatoria con este objeto específico; como establece para las sociedades anónimas el artículo 80 de la Ley de 1951, al permitir expresamente que se adopte el acuerdo, aunque «el tema de la responsabilidad no conste en el orden del día». (STS 24 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

5. Creación de organizaciones profesionales. Facultades conferidas por normativa legal a otras entidades o corporaciones con carácter exclusivo.— Procede estimar los motivos 2.º y 3.º del recurso, que denuncian la violación por no aplicación de los artículos 22.1 y 7 de la Constitución Española y la violación, también por inaplicación, del artículo 1.º de la Ley de 1 de abril de 1977, reguladora del derecho de asociación sindical, pues, ni este último precepto ni los principios constitucionales que informan las asociaciones de carácter sindical, son impeditivos de la creación de organizaciones profesionales para la defensa de los intereses económicos de una actividad determinada, con posibilidad de que en la misma se integren los elementos personales intervinientes en su desarrollo, como ya hubo de argumentarse en el primer razonamiento de esta resolución, y abona, en el caso del recurso, la circunstancia fáctica de que los Estatutos de la Asociación, que trata de constituirse, integrando en su seno a los llamados Agentes Libres de Seguro, hacen expresa salvedad de

que sus funciones se entenderán sin perjuicio de las facultades conferidas por normativa legal a otras entidades o Corporaciones con carácter exclusivo (STS 25 febrero 1984, ha lugar.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

6. Incumplimiento del contrato. Causa funcional.— El cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones conlleva la necesidad de cumplir la finalidad a que va destinado el contrato; pero sin que pueda decirse que se cumple, cuando se cumple mal, efectuando un trabajo gravemente defectuoso, como es el hacer una perforación incorrecta, que imposibilita el entubado posterior que permita el aprovechamiento, incumpliendo, en suma, la finalidad que constituyó el condicionante del contrato, su para qué o causa funcional, que incide en el supuesto del artículo 1.101 del Código Civil, al contravenir, de este modo, «al tenor de la obligación», que integraba el objeto de aquél. (STS 26 abril 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada contrató a la demandante la realización de unos trabajos de sondeo de investigación para el alumbramiento de aguas subterráneas en una finca de su propiedad. La demandante se negó a satisfacer parte de la cantidad reclamada por la demandante, alegando que los trabajos realizados eran inútiles para la finalidad de alumbramiento de aguas subterráneas. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia, estimando la demanda de reclamación de cantidad. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la demandante. (A.C.S.)

7. Compensación. Requisitos.— Tiene declarado esta Sala que la compensación es de apreciación exclusiva del Juzgador de Instancia y el pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas, recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consisten en dinero, estén vencidas y sean líquidas y exigibles, bastando, en consecuencia, su alegación, aunque sea sin formalidad reconvenzional, siempre que sea reconocida judicialmente por darse las exigencias que le dan vida, ya que, siendo la compensación una forma de pago, secuencia de un modo extintivo de las obligaciones, surte efectos desde el momento que se declare procedente por apreciación judicial y no es combatida por el cauce adecuado la afirmación de concurrencia de los supuestos que la determinan, cual sucede en el presente caso.

Compensación. Deudas cruzadas.— No se requiere que las deudas cruzadas tengan un origen común.

Perjuicios específicos. Resarcimiento.— No puede entenderse perjudicado el que ha percibido lo que le correspondía en la actividad laboral durante el período de tiempo que no ha podido desempeñarlo, y el hacerlo significaría un enriquecimiento injusto por parte del preceptor, que vería indebidamente incrementado su patrimonio por duplicidad en su causa preceptora.

Deuda de valor. Resarcimiento de daños y perjuicios.— La indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene carácter de deuda de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia a la fecha en que recaiga la condena a la reparación, o, en su caso, a la que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia, y que, en el supuesto ahora contemplado, ha de guardar relación, conforme interesa el recurrien-

te, al salario mínimo interprofesional del trabajador más modesto en la fecha en que haya de procederse efectivamente a realizar el pago, y sin que exceda, por respeto al Principio de Congruencia, a lo que, por el concepto a que afecta, fija el tan meritado demandante, ahora recurrente. (STS 31 mayo 1985, ha lugar.)

HECHOS.— El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Territorial, declarando que el causante del accidente y la compañía aseguradora deben pagar al actor de forma solidaria determinadas cantidades por las secuelas de incapacidad por impotencia funcional del trabajador y otros daños derivados del accidente para el actor. Estas cantidades han de determinarse con referencia a la fecha de la presente resolución o, en su caso, a la de la liquidación de su importe en el período de ejecución de sentencia.

NOTA.— Una de las razones fundamentales por las que prospera el recurso de casación interpuesto por el trabajador reside en que la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios implica una deuda de valor. Sobre esta cuestión véase BONET CORREA, *Las deudas del dinero*, Madrid, 1981. (A.C.S.)

8. Rescisión de enajenación por fraude: venta de padre a hija emancipada: simulación: perjuicio del Estado por deuda tributaria.— En la ficticia compraventa no hubo precio cierto, ni entrega real del mismo, había un apremio pendiente de la Hacienda Pública sobre el vendedor, ya que se le había notificado, y precedió a la venta un mandamiento de embargo de los bienes defraudados, y, a causa de la simulada venta, el deudor dejó de satisfacer la mayor parte de su deuda tributaria; habiendo declarado esta Sala que el fraude puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia en ese sentido, y que los Tribunales encargados de apreciar la presencia o ausencia del fraude, como cuestión de mero hecho que corresponde dilucidar en cada caso, son los de instancia; siendo, en este caso, datos suficientes para declarar el fraude, las circunstancias personales de la compradora, hija del vendedor, soltera y estudiante, emancipada por su padre pocos días antes de la compra, que no tenía ni había desempeñado con anterioridad empleo alguno retribuido, viviendo bajo la dependencia de sus padres, y nunca había enajenado bien alguno de que fuera titular por herencia, legado o donación (STS 30 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

9. Reconocimiento de deuda: emisión de letras de cambio como forma de pago: inexistencia de novación modificativa.— En el documento base de la demanda consta que existía una deuda, de cuantía determinada, y que para su pago se pactó la emisión de las cambiales que allí se enumeran, circunstancia que en ningún caso evidencia una novación, sino simplemente el pago de la deuda, no constando la ineludible declaración terminante de que una obligación queda extinguida o modificada por otra, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles, según exige el artículo 1.204 del Código Civil.

Fianza: inexistencia.— No cabe admitir que exista contrato de fianza entre quienes son evidentemente deudores en la misma posición jurídica frente al acreedor, como claramente se deduce del mencionado documento de reconocimiento de deuda. (STS 4 junio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

10. Negocio en fraude de acreedores: aportación a sociedad.— La aportación de unos cónyuges a una sociedad familiar con capital social de 150.000 pesetas valorada en 225.000.000 de pesetas en inmuebles y dinero efectivo, variando sustancialmente su entidad y capacidad económica en proporciones realmente inusitadas, no habiendo prueba alguna de que, tanto la sociedad como el matrimonio tuvieran otros bienes para hacer frente a cuantiosas deudas, ignorándose, asimismo, el destino dado a las acciones recibidas a cambio de la aportación, constituye un negocio fraudulento que supuso una desposesión inmobiliaria y dineraria en perjuicio de los acreedores, con la finalidad de buscar una situación de insolvencia de signo dañoso, actuando realmente una efectividad de su despatrimonialización, o una simulación destinada a conseguir un evento perjudicial para los intereses acreedores, de fortísima calidad en el momento de la suscripción de aquellas acciones, cifrada en más de 225.000.000 pesetas de capital y 69.000.000 de gastos y costas, en deudas a la Seguridad Social.

Acción contradictoria del dominio inscrito: artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria.— Esta norma está establecida con el rigor que merece toda medida o requisito enderezado a proteger los derechos de tercero con buena fe, circunstancia no concurrente en la sociedad recurrente, a cuyo abrigo se ha hecho una transferencia patrimonial por persona apremiada por expediente en Magistratura, con vaciado del caudal propio de éste con una intencional insolvencia, buscada de propósito para frustración de intereses de terceros acreedores; por otra parte, la necesidad de pedir la cancelación sólo es aplicable cuando del éxito de las acciones haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con la inscripción, o cuando la acción persiga la nulidad del título, pero no cuando la acción conduzca a una mera inscripción que, sin contradecir el derecho inscrito, derive precisamente de él.

Rescisión por fraude: necesidad de demandar al transmitente.— El ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, al precisar para su éxito el señalamiento de una convivencia entre las partes del contrato o negocio impugnado, requiere la audiencia en el procedimiento de todas y cada una de las partes intervinientes, y, en el presente caso, falta la del deudor en el expediente laboral, en cuya vía de apremio se decretó el embargo preventivo de finca de su propiedad, origen y causa de la presente tercería de dominio. (STS 4 febrero 1986, ha lugar.) (G.G.C.)

11. Nulidad simulación: artículo 1.306 del Código Civil.— El artículo 1.306 del Código Civil no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno sólo de los contratantes entregó algo, que es, al igual que el supuesto contemplado en la Sentencia de 7 de febrero de 1959, el caso aquí contemplado, en que el presunto vendedor, padre del demandado, hoy recurrente, transmitió a éste, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte. (STS 30 octubre 1985)

HECHOS.— El actor solicitaba la declaración de nulidad de varias escrituras de venta de fincas efectuadas a favor de su hijo, alegando que tal venta carecía de causa, puesto que se había instrumentado únicamente con la finalidad de evitar la acción de los acreedores sobre el patrimonio del actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando la simulación absoluta de dichas ventas y condenando al demandado a la devolución de las mismas. La Audiencia desestimó el recurso y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A.M.S.)

12. Prelación de créditos: tercería de mejor derecho: póliza intervenida por agente de cambio y bolsa: requisitos para hacer valer la preferencia.— Según el artículo 1.924 del Código Civil, en su número 3.º, tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de sus fechas, los créditos que, sin privilegio especial, consten: A) en escritura pública, o B) por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio; a lo que cabe añadir que, según reiterada doctrina legal, están asimilados a la escritura pública las pólizas intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio, en armonía con lo dispuesto en el artículo 93 del Código de Comercio y en relación con el 1.218 del Código Civil y 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo advertirse que lo decisivo para otorgar a la póliza de crédito eficacia como título preferente frente a otro título de fecha posterior, es no sólo su autenticidad como documento o instrumento (y, por tanto, su fecha como determinante del privilegio), sino también su exigibilidad, cualidad que le será otorgada por la oportuna liquidación y fijación del saldo y que, asimismo, será la fecha de esa operación intervenida fehacientemente la determinante para fijar la prioridad del crédito respecto de otro de fecha posterior, sea escritura o sentencia. (STS 21 septiembre 1984, no ha lugar.)

13. Cesión gratuita de terreno a un Ayuntamiento: calificación del contrato: naturaleza administrativa.— Al estudiar la distinción entre los contratos privados y los administrativos, la doctrina científica y la jurisprudencia prescinden del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común y atienden básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de manera que una relación jurídica concreta presentará naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, expresión ésta entendida en la más amplia acepción posible para comprender cualquier actividad que la Administración desarrolla en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y, por lo mismo, porpio de sus funciones peculiares; sentido lato que inspira el artículo 4.º de la Ley de Contratos del Estado de 17 de marzo de 1973, cuya regla 2.ª comprende la actividad típica que el órgano administrativo desenvuelve en el ámbito de su competencia funcional, a lo que se debe añadir el principio de la auto-integración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que, en caso de silencio contractual o legal, serán la propia Ley y los principios generales de aquél los que, con preferencia, han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la normativa iusprivatista; lo cual es aplicable a la contratación de las Corporaciones Locales, siendo patente el contrato administrativo objeto de la litis, pues la cesión realizada por el causante de los recurrentes en favor del Ayuntamiento de Marbella, con la proclamada finalidad de construir en el fundo cedido el mercado para el abastecimiento de la población, permitió cumplir a la entidad el servicio público que le venía impuesto por la Ley de Régimen Local.

Unidad de la calificación contractual.— No es permitido romper la unidad de la calificación contractual para atender tan sólo al beneficio que habría de reportar lo convenido al donante, con olvido de que cualesquiera que fuesen las posibles utilidades por éste perseguidas, preponderan, con toda nitidez, los elementos de índole jurídico-administrativa, por lo mismo que la situación negocial se halla íntimamente ligada a la peculiar actividad del Ayuntamiento, órgano contratante. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.)

NOTA.—No se trataba de una donación pura, sino modal o con carga, pues el donante se reserva la facultad de explotar un pequeño negocio de bar en el futuro mercado a construir en el terreno donado «sin obligación de pagar alquiler ni arbi-

trios especiales». Cuando, al cabo de más de 20 años, se plantea la posible reversión a los herederos del donante, se hacen valer otras motivaciones que éste pudo tener al realizar la cesión gratuita, y que desnaturalizarían la idea de servicio público del contrato. No parecen relevantes tales alegaciones, pues la Ley ha tipificado la *causa donandi*, siendo accesorias otras posibles motivaciones que pudieran concurrir en el acto de libertad. (G.G.C.)

14. Compraventa de viviendas: buena fe. Obligación de cumplir lo anunciado en la oferta de promoción.— El contrato de compraventa celebrado obliga a cuanto en él se pactó y a todo lo que, conforme a su naturaleza, sea conforme a la buena, al uso y a la Ley, y esa exigencia de buena fe alcanza a entender que la ejecución de la obra en los términos convenidos había de reunir los detalles que la oferta de promoción expresamente nombraba, ya que tales datos fueron, en el decir no contradicho de la Sala de Instancia, determinantes del consentimiento prestado.

Reparaciones: cuantía máxima: incongruencia.— Hay parcial incongruencia al haber señalado la parte actora, en cantidad determinada, el importe de las reparaciones que fue abonada por ella, pues tal importe debió ser fijado en la Sentencia como tope máximo de la condena (STS 28 septiembre 1985, ha lugar.)

NOTA.— No obstante, imputar a la demanda «reprochable vaguedad en punto a la cuantificación de lo pedido», pues se pedía la condena «a los gastos necesarios para dar gran prestancia y decoración al portal de entrada», interesa la Doctrina de esta Sentencia por continuar la reciente línea jurisprudencial que integra en el contenido contractual los anuncios impresos de la promotora de viviendas. (G.G.C.)

15. Compraventa de libros: lugar de cumplimiento: pago fraccionado del precio: recibos presentados al cobro en el domicilio del comprador: cláusula de sumisión expresa no firmada por el adquirente.— No existe sumisión expresa, pues es reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial de no conceder tal consideración a la que aparece en el reverso de la nota de pedido, sin firma de las partes; no consta tampoco cómo se transportó la mercancía, si lo fue a cuenta y riesgo del comprador o si la entrega se efectuó en el domicilio del vendedor, y, al haberse convenido el pago fraccionado mediante presentación de recibos mensuales, por cobradores de la vendedora, en el domicilio del comprador, debe reputarse éste como lugar del cumplimiento a efectos de determinar la competencia territorial (STS 12 noviembre 1985, resolviendo cuestión de competencia.)

NOTA.— Aunque el objeto de la reclamación es de cuantía mínima (25.990 pesetas), se trata de un supuesto muy frecuente, probablemente de venta domiciliaria de libros, por agentes de una gran Editorial, incurso en la Ley de Consumidores, La cláusula de sumisión impresa en el reverso de la nota de pedido se declara no vinculante para el comprador, que no la firmó y que, seguramente, no la conoció siquiera. Doctrina, por tanto, de gran trascendencia económica para las Editoriales. (G.G.C.)

16. Resolución de contrato: artículos 1.504 y 1.124.— Una doctrina legal invariablemente mantenida sobre el particular tiene establecido que para llegar al resultado de la resolución negocial basta con que se produzca el hecho del incumplimiento obstaculizador

del fin del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial, sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, sino que basta la incuestionable realidad de un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor, que, lógicamente, revela una actitud de menosprecio a lo convenido, como acontece si se deja de satisfacer una parte importante del precio de venta del inmueble. (SS. 27 octubre 1981, 11 octubre 1982, 7 agosto 1983 y 31 mayo 1985).

Lo que particularmente singulariza el contrato de compraventa de bienes inmuebles es que la resolución implícita del artículo 1.124 del Código Civil o la cláusula expresa que se contenga en el contrato no opera automáticamente si no se pone en juego el requerimiento previsto en el artículo 1.504 del Código Civil con manifestación clara y rotunda; es decir, «su propósito decidido» —como dice la Sentencia de 16 de octubre de 1961— de resolver el contrato, pero en el inequívoco entendimiento de que, para la eficacia del requerimiento se precisa insoslayablemente que se haya producido el incumplimiento de la obligación de pago en la forma convenida por parte del comprador.

La resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma posición en que se hallarían si el pacto no se hubiera celebrado, efecto que opera «ex tunc» y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio de las terceras adquirentes de buena fe, cuyo derecho ha de ser respetado. (SS. 21 noviembre 1963, 14 marzo 1964 y 16 octubre 1967). (STS 28 noviembre 1985) (A.M.S.)

17. **Donación de bienes inmuebles. Forma «ad solemnitatem».**— Si los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, esta regla tiene la importante excepción de los contratos llamados solemnes, en los que la Ley requiere la observancia de una forma determinada, no para su simple acreditamiento, sino para su perfección, de tal modo que ésta no se alcanza si no se plasma en la exigida, siendo uno de tales contratos el de donación referida a bienes raíces.

Escritura pública. Valor simplemente probatorio.— Conforme al artículo 1.224 del Código Civil, al no constar en la escritura pública expresamente la voluntad novatoria de los otorgantes, nada sustantivo se adicionó entonces a lo pactado el día 5 antecedente, no incorporándose el 12 más efectos intrínsecos, sino adquiriendo sólo el elemento probatorio extrínseco emanado de la intercesión de la fe notarial, mas sin exceder la escritura el plano estrictamente probatorio, que escrituras de la clase y contenido de la que aquí se considera no tienen otro significación que la de medios de reconocimiento de un acto o contrato preexistente, siendo sus efectos los puramente confesorios del acto o negocio primitivos. (STS 15 octubre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—Se tiene por probado que el contrato impugnado, luego reconocido en escritura pública, es una donación de inmuebles con reserva del usufructo, hecha por el acto en favor de sus hijos. En la demanda se solicitó la nulidad de dicha donación por defecto de forma. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

18. Contrato de compraventa: interpretación: «in claris non fit interpretatio».— Que, si bien la regla *in claris non fit interpretatio* ha sido, a su vez, interpretada en el sentido de que sentar la claridad de un texto supone un prejuicio, una estimación previa por el intérprete de su claridad o de la univocidad y sencillez del caso, de su no problematicidad, también puede afirmarse que tal regla ha de ser aplicada de modo natural e incondicionado cuando haya real armonía, no discordancia, entre las palabras (*verba*) y su significado final y orgánico o relacional con el contexto, con la estructura finalidad y pragmática del mismo, de tal modo que esa correspondencia natural y lógica excuse o haga innecesaria la búsqueda del sentido total del texto o documento, bien por corresponder las palabras empleadas al sentido usual de los negocios o relaciones jurídicas en conflicto, ora porque del texto estudiado no resulte indicio de duda o ambigüedad, naciendo de ese modo, por la ausencia de ésta, el deber para el intérprete o Juez de abstenerse de más indagaciones, tal como ya dijo el clásico: *cum in verbis nulla ambigua est, non debet admitti voluntatis quaestio* (Decreto 3.32.1), en armonía con la regla de que las palabras, si son *verba simpliciter*, deben entenderse según su natural significado, y con lo declarado por este Tribunal, al proclamar que lo que está claro no necesita de interpretación, supuesto en el que la interpretación de la voluntad «huelga» (Sentencia 3 mayo 1954), y en el que ha de ser prevalente la aplicación del párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, con exclusión de otros criterios.

Doble venta: mala fe del segundo adquirente: validez de la primera venta consumada.— No sólo hay que ahondar en las razones del Juzgado respecto a sus argumentos sobre la pérdida de la protección que concede el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuando el subadquirente carezca de buena fe, hecho que resulta de la prueba, sino también añadir que, probada la existencia de un contrato de compraventa anterior al impugnado, incluso con la consumación operada por la *traditio* y entrega efectiva al comprador, que lo arrendó a uno de los demandados —luego segundo adquirente—, se está ante el supuesto normativo del artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil, que otorga la propiedad, caso de doble venta, y si fuera inmueble la cosa vendida, al que antes la inscriba en el Registro, mas siempre, según reiterada jurisprudencia, que concurra en el inscribente la situación subjetiva de la buena fe, dada la relación que hay que establecer entre dicho precepto y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, en virtud de no merecer protección civil ni registral, el adquirente que conoció la primera venta (STS 3 mayo 1985, ha lugar.)

HECHOS.—Supuesto de hecho que gravita sobre la interpretación que deba darse a un contrato formalizado en documento privado, cuyo tenor literal era el siguiente: «Recibimos con esta fecha de don Pedro M. O. la cantidad de 35.000 pesetas, a cuenta del piso que le vendemos de la casa de nuestra propiedad sita en esta capital calle de J.A.A., 6.º Dcha, A. La forma de pago de la misma se efectuará en la forma siguiente...». De la prueba parece desprenderse que el precio aplazado no llegó a abonarse, sino que fue sustituido por las obras de reparación que el comprador realizó en el resto de la vivienda. El documento privado no fue elevado a escritura pública y el piso permaneció arrendado durante 13 años por el comprador hasta que el anterior propietario (a cuyo favor figuraba inscrito en el Registro) volvió a venderlo precisamente al arrendatario. La Audiencia Territorial había revocado la Sentencia del Juzgado que estimó la demanda interpuesta por el primer comprador. El Tribunal Supremo, con base en las normas sobre interpretación de los contratos, estima el recurso y en segunda Sentencia confirma la resolución del Juzgado.

No parece que lo afirmado, a propósito de la máxima *in claris non fit interpretatio*, deba estimarse contradictorio con aquellas otras Sentencias que han declara-

do rotundamente la falsedad del citado axioma (por ejemplo, Sentencia de 1 marzo de 1971). En realidad, lo que hace aquí el Tribunal Supremo es captar ese elemento espiritual a que alude esta última Sentencia y declarar que las palabras utilizadas corresponden exactamente al mismo, por lo cual no precisa de ulteriores indagaciones, como las que realizó la Sala para negar lo que resulta evidente del texto literal y se corrobora con la conducta posterior del comprador que durante 13 años se comporta como dueño. Sobre el tema cfr. LACRUZ *Elementos* II-2.º, p. 222; DIEZ PICAZO, *Fundamentos* I, pp. 264 y siguientes. (G.G.C.)

19. Doble venta: falta de indentificación.— El artículo 1.473 del Código Civil requiere como exigencia indispensable que se trate de una misma cosa que se vende a distintos compradores, lo que supone la inequívoca identificación de la finca, que, en este caso, ha quedado sin demostrar (STS 18 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

20. Naturaleza jurídica del contrato. Compraventa.— No puede entenderse alterado el vínculo jurídico de compraventa por la circunstancia de que conjuntamente con la entrega efectiva de parte del precio establecido se hubiese asignado también una determinada cantidad con causa arrendaticia.

Compraventa de bienes inmuebles. Artículo 1.504 del Código Civil.— Se deduce «a sensu contrario» del contexto del artículo 1.504 del Código Civil que la compraventa de bienes inmuebles subsiste en su eficacia, en el supuesto de retraso del pago del precio, en tanto el comprador no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial de resolución del contrato por esa causa, y ese esencial requerimiento a tal fin no consta haya sido oportunamente practicado.

Interpretación del contrato.— Si ciertamente son supletorias las normas de interpretación distintas de la literal, como consecuencia de la norma contenida en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, ello ha de ser sobre la base que al contenido gramatical de lo pactado responde a una clara e indubitada apreciación, sin precisión de acudir a otras reglas interpretativas, que no es lo apreciable en el presente caso. (STS 18 septiembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Se cuestiona la naturaleza jurídica del vínculo contractual existente entre el actor y el demandado. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juzgado, considera que existe una compraventa de un inmueble, cabiendo la resolución solicitada por el actor, ya que la finca fue vendida libre de cargas y gravámenes y estaba gravada con diversas servidumbres, que desconocía el actor al efectuar la compra. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

21. Compraventa de inmuebles: resolución por incumplimiento: doctrina general sobre falta de pago.— La decidida actitud incumplidora sancionable con el efecto resolutorio está *prima facie* demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, máxime si el deudor ha incurrido en una prolongada inactividad, a no ser que medien circunstancias denotadoras de que al comprador no le es reprochable la falta de prestación, todo lo cual comporta aspectos fácticos del conflicto, cuya ponderación es cometido de los organismos jurisdiccionales de instancia y, en cuanto tales, únicamente susceptibles de censura en casación, acudiendo a la vía procesal adecuada, sin olvidar que la declaración de volun-

tad recepticia en forma de requerimiento fehaciente al deudor no se dirige a reclamar el pago, sino a provocar la resolución misma.

Retraso en el ejercicio de la acción resolutoria.— La circunstancia de que el vendedor se haya abstenido de reclamación alguna durante ocho años, obviamente no conlleva la pérdida de su derecho, y, tan sólo, evidencia su paciente espera ante un comprador que, sobre haberle entregado dos talones sin cobertura, persistió tan largo tiempo en el incumplimiento, hasta el punto de que la consignación de la suma adeudada no la realiza hasta la contestación a la demanda.

Enriquecimiento injusto.— No es válido el argumento de que el mantenimiento de la sentencia resolutoria supondría un enriquecimiento injusto del demandante, habida cuenta de la desproporción entre las prestaciones recíprocamente devueltas, porque, sin desconocer que el valor actual de la finca vendida alcanza los 3.000.000 de pesetas, siendo su precio de 950.000 pesetas, las consecuencias lesivas para el patrimonio del deudor son debidas a su conducta vulneradora de lo pactado; por otra parte, rechazada en Primera Instancia la indemnización de daños y perjuicios, tal desestimación se traduce en el hecho de que, durante cerca de 15 años, el demandado y su esposa han permanecido en la ocupación del chalet, sin efectuar contraprestación alguna. (STS 21 febrero 1986, no ha lugar.) (G. G. C.)

22. Venta de pisos de protección oficial: indemnización por incumplimiento.— Ha quedado acreditada la contravención del tenor de las obligaciones contraídas por parte de la entidad vendedora, tanto respecto a la elevación a escritura pública, a la que sólo se allana cuando se le reclama judicialmente, como con la inobservancia de la normativa establecida para efectuar la venta, que impidió que el comprador gozase del beneficio legal de exención tributaria, al que tenía derecho, habida cuenta la modalidad del contrato celebrado, realizando un pago que no tenía que haber efectuado.

Exención de impuestos por tratarse de primera transmisión.— Es cierto que al comprador correspondía el pago de todos los gastos, como se dice en la cláusula 6.ª del contrato, pero no es menos cierto que éste, por su modalidad especial, conlleva la exención del pago del impuesto, por tratarse de una primera transmisión por actos *inter vivos*, siempre que la vendedora cumpla con la normativa legalmente establecida, lo que de hecho no hizo, viéndose obligado el comprador a pagar.

Elevación a escritura pública.— Se trata de una obligación de la vendedora que sólo cumplió previa interpelación judicial, habiéndose pactado que, en caso de incumplimiento, todos los gastos y costas judiciales serán de cuenta de la parte que lo origine. (STS 14 noviembre 1985, ha lugar.) (G.G.C.)

23. Compraventa de vivienda: reclamación del precio aplazado: improcedencia de su revalorización por razones de equidad.— Si el principio de equidad ha sido invocado por la sentencia recurrida en el sentido de equidad natural, entendiéndola implícita en todo el ordenamiento positivo, ha de tenerse en cuenta que no puede autorizarse la utilización, sin otra apoyatura, frente a los claros términos de un contrato, de un principio abstracto cuya eficacia el texto del artículo 3.º del Código Civil condiciona, cuando es argumentado, de manera exclusiva, a la expresa permisividad de la Ley.

Aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» al precio aplazado: improcedencia.— Si bien no puede dogmatizarse el principio de seguridad jurídica que consagran los artículos

1.091 y 1.258 del Código Civil, la incidencia en el mandato que estos preceptos contienen a través de la cláusula «rebus sic stantibus» no queda justificada, sin más, por la existencia de una notable e incluso exorbitada desproporción entre las prestaciones de las partes contratantes, sino que a ello habría que añadir una extraordinaria e imprevisible alteración de las circunstancias que median entre la celebración y la consumación del contrato, unida a la imposibilidad de remediar de otro modo el desequilibrio de las prestaciones, amén de la buena fe y carencia de culpa por parte del que alega la causa. (STS 19 abril 1985, ha lugar.)

NOTA.— El problema no es tanto de devaluación monetaria, aunque también le afecta, como de resolver equitativamente una ocupación gratuita del piso por un comprador que sólo ha entregado una parte del precio. La Audiencia lo resuelve discrecionalmente duplicando el importe del precio aplazado, a cuyo pago condena al comprador. Acertadamente se estima el recurso, en base a las circunstancias concurrentes, dado que los contratantes habían previsto el pago de intereses del precio aplazado; no concurren los requisitos de la resolución (no hubo requerimiento notarial ni judicial); y, lo que parece determinante, el vendedor motivó con su conducta la resistencia del comprador al pago puntual del precio aplazado, impidiendo la calificación de la vivienda como de protección oficial. No puede aplicarse la cláusula «rebus sic stantibus» por no concurrir sus requisitos, ni la regla de la equidad. (G.G.C.)

24. Venta de vivienda de protección oficial. Resolución de contrato: artículo 1.504. Precio excesivo. Nulidad parcial.— Don Francisco G. A. celebró contrato de compraventa de una vivienda de protección oficial con don Julio M. S. en un precio de 2.800.000 pesetas, que quedaba aplazado. El comprador no pagó el precio y don Francisco solicitó la resolución del contrato, oponiendo don Julio que tan sólo debía abonar el precio oficial fijado por la Administración en 806.400 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó la Sentencia declarando la obligación de don Francisco de otorgar escritura pública de venta en el precio fijado por la Administración. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Resolución de contrato: artículo 1.504 del Código Civil.— El artículo 1.504 ha de aplicarse en obligada combinación con el artículo 1.124, y para aplicar aquél ha de resultar acreditada debidamente la actitud del comprador deliberada, resuelta y obstinadamente rebelde al cumplimiento de su obligación principal, que es la de pagar el precio, sin que a tal actitud, que constituye el presupuesto de aplicación del artículo 1.504, sirva de alternativa válida la de su renuncia al pago del precio pactado, pero ineficazmente por ser superior al oficialmente asignado al piso, única exigible, por lo que falta en todo caso la voluntad rebelde inexcusable para la aplicación del artículo 1.504.

Precio excesivo: nulidad parcial.— Es reiterada la doctrina de esta Sala, manifestada en gran número de Sentencias (entre las últimas, las de 3 y 26 de diciembre de 1984) acerca de que la limitación imperativa del precio que es correlativa a los importantes beneficios a constructores y promotores y que constriñe el libre juego de la voluntad de las partes en extremo tan importante en el contrato de compraventa, cual es la determinación del precio, se traduce no en la nulidad total del contrato, que redundaría en beneficio del vendedor culpable de la contravención, sino en el de la nulidad parcial de la obligación relativa al precio pactado con excesividad enriquecedora de aquél y con desconocimiento de las

disposiciones administrativas que tasan el precio, operando en el sentido de ajustarlo al señalado por el organismo competente (Sentencia de 2 de febrero de 1983) y las que en ella se citan, y sin que, ni se produzca la nulidad total del contrato contemplado por la Sentencia ya citada de 3 de diciembre de 1984, ni, como aquí se quiere, mantener incólume el precio excesivo pactado con la secuela, única por ella, de las sanciones de multa imponibles por la Administración del ramo. (STS 5 noviembre 1985) (A.M.S.)

25. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Interpretación y aplicación conjuntos de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil.— Según reiterada jurisprudencia, no cabe separar ni aislar en su eficacia jurídica los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, ya que no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del segundo para el supuesto de compraventa de bienes inmuebles, o, mejor dicho, que la norma del artículo 1.504 no excluye la aplicación cuando proceda del artículo 1.124, significándose con ello que para que prospere la resolución contractual del artículo 1.504 habrá de concurrir en el que la insta, el cumplimiento de sus obligaciones así como el incumplimiento de las suyas por parte del requerido (Sentencias de 10 de noviembre de 1982, 7 de febrero de 1983, 1 de diciembre de 1983, 19 de enero, 7 de febrero, 28 de mayo y 15 de octubre de 1984).

Voluntad rebelde al cumplimiento.— El incumplimiento por el demandado de su obligación de pago sin causa ni justificación alguna es revelador de una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido. (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Se celebró un contrato de compraventa de un apartamento; las partes acordaron, por un lado, el aplazamiento del pago de parte del precio, mediante la aceptación por el comprador de dos letras de cambio y, por otro, que el impago de cualquiera de los plazos facultaría al vendedor para exigir el cumplimiento del contrato o darlo por resuelto, perdiendo el comprador la suma hasta entonces satisfecha. Ante el impago de las citadas letras a sus vencimientos respectivos, el vendedor requirió notarialmente al comprador, manifestando su voluntad de dar por resuelto el contrato. Tanto en Primera Instancia como en Apelación se declara la resolución bien hecha. No prospera el recurso de casación.

NOTA.— Viene a reiterar esta Sentencia, lo que ya constituye doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo, en relación con la interpretación y aplicación del artículo 1.504 del Código Civil. De esta doctrina merecen ser subrayadas, al menos, tres afirmaciones: en primer lugar, que no cabe separar ni aislar en su eficacia jurídica los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, ya que no se eluden entre sí, sino que se complementan (Sentencias, entre las más recientes, de 29 de abril, 11 y 12 de marzo, 1 y 14 de febrero de 1985); en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que al igual que ocurre en el caso del artículo 1.124, para el ejercicio de la resolución, al amparo del artículo 1.504, es necesario, entre otros requisitos, que concurra en el deudor una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido (Sentencias, entre otras, de 29 abril, 9 abril, 12 marzo y 1 febrero de 1985). Por último, que el solo incumplimiento por el deudor de su obligación de pago, sin causa ni justificación alguna, es revelador de tal voluntad rebelde (Sentencias de 29 abril 1985 y 19 mayo 1981, entre otras). Se trata de tres afirmaciones, estrictamente vinculadas entre sí, que forman el núcleo de una línea jurisprudencial que trata de salvar los efectos, excesivamente rigurosos para el deudor, que se

podrían derivar de una interpretación meramente literal del artículo 1.504 del Código Civil.

Es sabido que el artículo 1.504 regula, en interés del vendedor, el ejercicio de la resolución de la venta de bienes inmuebles en caso de incumplimiento por parte del comprador de la obligación de pago del precio aplazado (medie o no pacto comisorio: Sentencias, entre las más recientes, 27 mayo y 26 febrero 1985). Constituye, pues, una modalidad o aplicación concreta de la regla general prevista en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones recíprocas. En un primer momento el artículo 1.504 resulta favorable para los intereses del comprador, pues le permite pagar, aun después de expirado el término fijado para el incumplimiento, interín no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial (vid. Sentencia 27 mayo 1985). En cambio, en un momento posterior, realizado el requerimiento, resulta netamente favorable a los intereses del vendedor, ya que impide al Juez hacer uso de la facultad prevista en el párrafo 3.º del artículo 1.124 del Código (fijar al deudor un plazo para el cumplimiento). Y conviene recordar que, según la propia jurisprudencia, el requerimiento a que alude el artículo 1.504 no se refiere al pago del precio, sino a la resolución del contrato: se trata de una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, pero no de un requerimiento o intimación para el pago del precio (Sentencias, entre otras muchas, 27 mayo, 12 abril, 12 marzo y 25 enero 1985).

En definitiva, a tenor del artículo 1.504, el comprador puede pagar, aun después de expirado el término, interín no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Pero hecho el requerimiento, declarada fehacientemente por el vendedor su voluntad de resolver el contrato, la venta queda resuelta, sin que el Juez pueda conceder nuevo término. Si a lo anterior se añaden los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria para el caso de que exista pacto resolutorio expreso inscrito en el Registro, no cabe duda de que se producen unas consecuencias extremadamente rigurosas para el deudor (vid. el excelente comentario de R. Bercovitz a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 4; enero-marzo, 1984, pp. 1.303 y siguientes). Consciente de ello la jurisprudencia ha tratado de limitar su alcance.

Justamente se ha observado (cfr. R. Bercovitz, *op. cit.* pp. 1.309 y siguientes) que la jurisprudencia ha ido insistiendo sucesivamente sobre diversos límites a la eficacia resolutoria del artículo 1.504, en dos sentidos: en primer lugar, y con base en el propio precepto, a través de una meticolosa exigencia del requerimiento previo del vendedor al comprador (cfr. Berconvitz, *op. loc. cit.*); en segundo lugar, a través de la aplicación e interpretación conjuntas de los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil. Desde esta última perspectiva, al igual que para el artículo 1.124, se niega la legitimación para el ejercicio de la resolución al vendedor que ha incumplido previamente sus obligaciones (Sentencias 12 y 11 marzo 1985, esta última con cita de otras muchas que se pronuncian en el mismo sentido) y, además, se exige, para que la resolución proceda, que el comprador manifieste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

En relación con esta última exigencia jurisprudencial se afirma que con ella los efectos del artículo 1.504 quedan muy debilitados (cfr. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II*, p. 370). Sin embargo, la propia jurisprudencia ha matizado el alcance de este requisito que, por lo demás, no puede ni debe ser entendido de una

manera literal, sino más bien como una manifestación de criterios de equidad y exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos (cfr. LACRUZ-DELGADO, Elementos II, 1.º, p. 268). Tanto en su origen como en su posterior generalización, la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento más que enunciar una exigencia positiva trata de formular o de englobar casos en la acción resolutoria debe ser desestimada (cfr. DIEZ-PICAZO, «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», ADC, 1969, pp. 390 y siguientes).

En concreto, y por lo que se refiere a su exigencia en relación con el artículo 1.504, la jurisprudencia viene afirmando (y así lo hace la Sentencia que anotamos) que el solo incumplimiento por el comprador de su obligación de pago del precio, *sin causa ni justificación alguna*, es reveladora de una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido. Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 1981, la voluntad rebelde «vendrá de ordinario entrañada en el dato mismo de la ineffectividad del precio, a pesar de la facilidad que el aplazamiento comporta, denotador de la evidencia de una voluntad incumplidora (Sentencias 22 diciembre 1978 y 5 noviembre 1979), en tanto no se aleguen y prueben circunstancias demostrativas del proceder del comprador respetuoso con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe que han de presidir la ejecución contractual, a pesar de lo cual el cumplimiento no se realizó por causas ajenas a su ánimo diligente».

Se puede afirmar que ésta es la regla general. Incumplida la obligación de pago del precio aplazado, al vendedor le basta con manifestar su voluntad de dar por resuelto el contrato mediante el correspondiente requerimiento resolutorio. Incumbe al comprador probar que tal resolución no procede, porque existía alguna causa o justificación para el impago, o, lo que es lo mismo, porque no existía voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Así, por ejemplo, cuando el comprador prueba el previo incumplimiento del vendedor (Sentencia 11 marzo 1985), o que su propio incumplimiento proviene de la no actividad cumplimentada del vendedor de entregar el inmueble adquirido libre de cargas, tal y como se había convenido (Sentencia 12 marzo 1985), o que el pago del resto del precio aplazado estaba supeditado al otorgamiento de escritura pública (Sentencia 7 febrero 1984). También cuando no se cumplió por imposibilidad física o jurídica, lo que ocurre cuando no se conoce con exactitud el importe exacto de la deuda y el modo de su satisfacción (Sentencia 7 marzo 1983), etc.

Como se ha señalado (cfr. BERCOVITZ, op. cit. p. 1.313) un aspecto importante para estimar la existencia de la tan mencionada voluntad rebelde, aunque no siempre manifestado expresamente, es la valoración que se hace de las cantidades ya pagadas a cuenta del precio. El Tribunal Supremo se resiste a conceder la resolución cuando la cantidad pagada es la más importante y ya queda una cantidad reducida por pagar (vid. las Sentencias, entre otras, 16 febrero 1983, 2 febrero 1984). En cambio, accede a la resolución cuando queda la mayor parte del precio por pagar y no se alega causa ni justificación alguna para tal incumplimiento. Así sucede en la Sentencia que anotamos, en la que de un total de 2.050.000 pesetas de deuda, el comprador sólo abonó 550.000 pesetas. (E.B.)

26. Resolución del contrato de compraventa. Existencia de auténtico y verdadero incumplimiento.— El motivo ha de ser desestimado, ya que es de observar: a) que la exigencia por esta Sala de casación de la prueba de una voluntad deliberadamente rebelde en el

comprador para dar lugar a la resolución de la venta no ha sido señalada de un modo exclusivo, sino que unas veces la ha colocado como alternativa de la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento y, en otras, lo decisivo es que quede acreditado una verdadera omisión de su pretensión por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal; b) que para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo del comportamiento de cada contratante las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad; c) que la determinación de quien dejó de cumplir lo estipulado y que ha de aceptar las consecuencias de ese incumplimiento es cuestión que, por ser de hecho, corresponde sea determinada por el juzgador de instancia, cuya decisión ha de ser respetada en casación, mientras no se impugne en forma a través del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Requerimiento de resolución.— Es suficiente y eficaz a los efectos pretendidos, a lo que no obsta que le precediese un requerimiento de la compradora a la vendedora para que cumplierse aquellas supuestas obligaciones.

Inexistencia de abuso de derecho.— No existe abuso de derecho, ya que ni se probó en la parte actora intención alguna de dañar, ni falta de un interés legítimo, ni procedió de mala fe o contra la función social del derecho ejercitado, cuyos límites normales fueron respetados, sino que únicamente puso en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que la actora estima corresponderle, concurriendo a su favor una «justa causa litigantis» que excluye todo abuso de derecho. (STS 25 junio 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Se celebró un contrato de compraventa de un local destinado a bar, dejando el comprador de pagar determinados plazos, por lo que la parte compradora dio por resuelto el contrato. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda de resolución. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

27. Compraventa de solar: incumplimiento del comprador: mora.— El cumplimiento de las obligaciones es mera cuestión de hecho, y es reiteradísima la doctrina jurisprudencial, según la cual para que una de las partes del contrato se considere incumplidora es preciso que concurra una voluntad rebelde al cumplimiento, y, en el presente caso, se ha probado que el vendedor se allanó a formalizar la escritura pública correspondiente, cumpliendo con ello su obligación contractual, por lo cual, al incumplir el comprador su obligación de pago, le hizo incurrir en mora.

Derecho del comprador a suspender el pago del precio: requisitos del artículo 1.502.— Para aplicar el artículo 1.502 del Código Civil es preciso acreditar que el comprador ha sido perturbado en su posesión dominical o que existieran razones para que en él se produjera el temor de serlo en virtud de alguna acción reivindicatoria, y, en el presente caso, el comprador ha disfrutado de su calidad de propietario de la parcela sin obstáculo alguno material ni jurídico, existiendo intentos por parte del vendedor de activar la formalización de la escritura pública, que no encontraron en el demandado el eco obligado del abandono del precio, por lo que resulta inaplicable el referido precepto. (STS 20 mayo 1985, no ha lugar.)

La perturbación alegada fue el incumplimiento del vendedor de formalizar la escritura pública al objeto de permitir al comprador agilizar la tramitación del expediente urbanístico. Como ha defendido en otro lugar (*Comentarios Albaladejo*, tomo XIX, p. 416) no hay *numerus clausus* de posibles perturbaciones de la posesión o dominio, y la alegada hubiera podido tenerse en cuenta de haber sido probada (G.G.C.)

28. Permuta de solar para edificar por vivienda y bajo: acción de cumplimiento.—

La acción que se ejercita lo es de condena y de carácter personal, tendente al cumplimiento de un contrato *inter partes* por virtud del cual los actores cedieron a la cooperativa un solar para edificar a cambio de un piso y un bajo de determinadas características, encaminada a la formalización del título domical de este último al negarse a ello la cooperativa, y debe ser estimada sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir en cuanto a la satisfacción del equivalente de su prestación de no ser posible el equivalente *in natura*; no se demanda a los adquirentes del bajo, por lo que la sentencia no afecta a la legitimación registral de tales subadquirentes protegidos por la Ley Hipotecaria.

Litis consorcio pasivo necesario: no se da respecto de terceros interesados suficientemente protegidos.— La doctrina del litis consorcio pasivo necesario halla su fundamento en la necesidad de evitar tantos fallos contradictorios como en la de cumplir con el principio de audiencia bilateral y la posibilidad de condena a personas sin haberla oído, con violación incluso de norma constitucional (artículo 24 del Código Estatuario), posibilidad o peligros que no existen cuando las personas de quienes se dice que hubieran debido ser citadas al juicio tienen suficientemente protegidos sus derechos, tales los terceros civiles (artículo 1.257 del Código Civil) o los hipotecarios (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), por las defensas que el ordenamiento jurídico les proporciona. (STS 22 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Puede decirse que existe ya una abundante doctrina jurisprudencial sobre este contrato atípico de cesión de solar por pisos o locales, y que suele calificarse de *permuta de cosa presente por cosa futura*. Son frecuentes los incumplimientos por parte del cesionario, tanto si son total como parciales, y tanto en la identidad, integridad y calidad de la prestación futura. En el presente caso había una cláusula singular, por cuya virtud en la fecha del otorgamiento la cooperativa cesionaria efectuó una imposición a plazo fijo, a nombre del cedente, por el importe del precio asignado al bajo. Parece correcto el rechazo de la excepción alegada por la cooperativa de litisconsorcio pasivo necesario con los subadquirentes del bajo que se había comprometido a entregar al cedente; su estimación hubiera significado una prima a la mala fe, ya que voluntariamente enajenó a terceros el local que se comprometió a entregar al otro permutante (probablemente por un precio superior al inicialmente tasado). A la hora de calcular el importe del cumplimiento por equivalente parece que habrá de tenerse en cuenta el valor real del bajo al tiempo en que debió ser entregado y no el fijado en el contrato de permuta (G.G.C.)

29. Resolución por incumplimiento: artículo 1.504 del Código Civil.— La resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de bienes inmuebles, conforme al artículo 1.504 del Código Civil, modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones bilaterales, tiene como presupuesto el reque-

rimiento preceptivamente exigido por aquella norma, además del elemento esencial de la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del contrato contra quien la acción se ejercita, bien entendido que la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el mismo hecho de la ineffectividad del pago, contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias singulares denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de esa prestación, que habrían de ser oportunamente alegadas y probadas, todo lo cual se traduce en cuestiones fácticas sometidas a la ponderación de los organismos judiciales de instancia, sólo susceptibles de censura en la casación, acudiendo a la vía procesal adecuada al efecto. (STS 18 octubre 1985) (A.M.S.)

30. Cesión de permiso de investigación minera: precio condicionado a rentabilidad: interpretación: actos de ejecución.—No se trata de prescindir del canon hermenéutico proporcionado por la literalidad documental para llegar a la intención de los otorgantes, sino que teniendo por incuestionable el significado de las declaraciones de voluntad emitidas de modo concorde, se hace preciso averiguar si concurren los factores preestablecidos por el común querer de los sujetos, tales como la rentabilidad del yacimiento y permanencia en las tareas de explotación en determinada fecha, a los efectos del incremento en el precio, extremo en orden a los cuales reviste capital importancia la actitud observada en la ejecución del negocio y en sus distintas vicisitudes por el cesionario.

Prueba: valor del acta notarial de presencia.— Si bien las declaraciones vertidas en documentos de esa clase carecen de auténtico rango testifical si no son ratificadas en el proceso, no existe obstáculo legal para que el juzgador las tenga en cuenta como un elemento más de convicción integrado en el conjunto, no pudiendo desconocerse, además, que el acta levantada da fe de las percepciones sensoriales del Notario, cuyas observaciones de hecho no pueden ser ignoradas, al captar directamente los pormenores fácticos que el fedatario narra *de visu et auditu suis sensibus*, y fue ya enseñanza del Derecho histórico que «toda carta que sea fecha por mano de escrivano público vale para probar lo que en ella dixere» (P. 3.18.114). (STS 14 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

31. Cesión de derechos de distribución de obra literaria: interpretación del contrato.— Se trata de la cesión de unos derechos de distribución y venta de una obra literaria, con sus gastos correspondientes, pero no de hacer desembolsos para los costos de publicación, pues entenderlo de otra forma significaría que el cesionario habría de entregar 5.000.000 de pesetas sin recibir contraprestación alguna, pues se trata de una obra que ya está en el dominio público.

Resolución por incumplimiento.— Si la gravedad del incumplimiento ha de ser relacionada con criterios de equidad y de buena fe, y, de otro lado, es suficiente para basar el pedimento resolutorio la evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada, no puede ponerse en tela de juicio el acierto del pronunciamiento censurado si se tiene en cuenta el cese de la actividad de la empresa cedente, prácticamente después de la fecha del contrato, de suerte que el negocio quedó sin base para el recurrido al desaparecer toda posibilidad de prestación por la otra parte (entrega, para su venta, de los tomos publicados), a pesar de lo cual la recurrente puso al cobro las letras de cambio, las protestó y promovió los juicios ejecutivos, ocasionando al recurrido cuantiosos gastos, que habrán de ser resarcidos conforme a los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil. (STS 28 febrero 1986, no ha lugar.) (G.G.C.)

32. Arrendamiento celebrado por no propietario. Eficacia. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria.— El derecho de propiedad corresponde a la parte demandante por haberlo adquirido, según el registro de la Propiedad en que aparecía inscrito a favor de quien, en la tesis de los recurrentes, lo vendió mediante documento privado, habiéndosele adjudicado a los reivindicantes por auto que se inscribió en el Registro de la Propiedad, donde aparecen como titulares de cualquier virtualidad que pudiera reconocerse al documento privado, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a tenor del cual el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva por causas que no consten en el mismo Registro; presumiéndose la buena fe del tercero, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro; sin que, por otra parte, se haya opuesto por el demandado, en el concepto de aparente dueño del piso, derecho de propiedad fundado en la usucapión, ya que el demandado adujo únicamente su derecho de propiedad derivado del contrato de compraventa en documento privado, pero nunca la prescripción adquisitiva en que hubiera podido operar como título, tema no suscitado. (STS 29 octubre 1985).

HECHOS.— Doña Alfonso había comprado un piso en documento privado a un constructor. Fallecida doña Alfonso, su hijo, don José, se había convertido en propietario, en virtud de testamento a su favor, y lo había arrendado posteriormente a don Félix. El actor alegaba ser dueño del piso por haberlo adquirido en pública subasta, inscribiendo su adquisición en el Registro de la Propiedad, y solicitaba su devolución y la condena de don José y don Félix a indemnizarle por la falta de ocupación del piso. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia reconoció al actor como dueño, denegó la petición de indemnización y reconoció el derecho del arrendatario don Félix para seguir en el piso. La Audiencia revocó la Sentencia en cuanto que condenó a indemnizar a los demandados, negó eficacia al contrato de arrendamiento entre don José y don Félix, y condenó a los demandados al pago de las costas en Primera Instancia. El Tribunal Supremo estimó el recurso en cuanto a la obligación de indemnizar y las costas. (A.M.S.)

33. Resolución de contrato de arrendamiento.—El actor solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento de una mina, porque la arrendataria demandada no abonaba los cánones pactados como precio.

El Juzgado estimó la demanda, declaró resuelto el contrato y condenó al pago. La Audiencia desestimó el recurso de apelación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Los artículos 1.556 y 1.124 del Código Civil no requieren que el incumplimiento contractual sea consecuencia de una persistente y tenaz resistencia al cumplimiento de lo convenido, sino que es suficiente que tal incumplimiento se produzca, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial (Sentencias 27 octubre 1981, 11 octubre 1982, 7 marzo 1983 y 31 mayo 1985). (STS 13 noviembre 1985) (A.M.S.)

34. Arrendamiento urbano de vivienda sujeto a Ley de Arrendamientos Urbanos: Improcedencia del tanteo ejercitado por arrendatario no ocupante.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que deniega el derecho de tanteo si la ocupación no se da real-

mente, porque el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige la doble condición de arrendatario y ocupante, no pudiendo aquél ser concedido a quien, con sus propios actos, está demostrando con la desocupación que no le es necesaria la vivienda.

Excepción a la prórroga del número 3.º del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.— La desocupación continuada e ininterrumpida durante más de seis meses de la vivienda arrendada, sin que ni siquiera se haya alegado que obedeciese a justa causa es causa de resolución del contrato por constituir el supuesto del número 3.º del artículo 62 de excepción a la prórroga, y, aunque es un derecho que se concede al arrendador que obviamente puede no utilizar, excluyendo voluntariamente la aplicación de la Ley y que, como todo derecho, es renunciable conforme al artículo 6, 2.º, del Código Civil, ambas cosas tienen el límite infranqueable de que no perjudiquen a tercero, como ocurre en este caso en que el tanteo se ejercitó por el arrendatario no ocupante.

Cesión gratuita de la vivienda: consentimiento presunto del arrendador.— La realidad de hecho de la ocupación lo es también de derecho, como consecuencia de la cesión gratuita, no existiendo constancia alguna de onerosidad, pues aquella ocupación durante más de 10 años, pagando los recibos de la renta, así como los de luz, gas y teléfono, domiciliados en el piso acredita la existencia de una auténtica cesión consentida por la propiedad; siendo de recordar la doctrina jurisprudencial de que el consentimiento requerido, tanto para la cesión como para el traspaso, puede ser verbal o escrito, expreso o tácito, teniendo eficacia el prestado en cualquiera de estas formas, al no establecer la Ley limitación alguna, con tal de que se evidencie de modo fehaciente, llegando incluso a admitirse que es lícito deducir la existencia del consentimiento, de la mera pasividad del arrendador en el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle, en tanto no transcurra el tiempo de prescripción de las miamas.

Retracto ejercitado por ocupante.— Debe estimarse la acción de retracto ejercitada por el ocupante que tiene la cualidad de arrendatario, según las consideraciones anteriores, debiendo advertirse que con el mismo se iniciaron las gestiones para la realización de la venta, que no se consumó por la actitud, contraria a Derecho, de la entidad arrendadora, que la realizó con el anterior arrendatario, no ocupante de la vivienda (STS 7 mayo 1985, ha lugar.)

NOTA.— Notable sentencia (Pte. Beltrán de Heredia) caracterizada por el decidido propósito de llegar al fondo del asunto y lograr la justicia material. Entre un arrendatario no ocupante, que se confabula con el arrendador para adquirir la vivienda a bajo precio, y un arrendatario «fáctico», que ocupa la vivienda desde hace más de 10 años y se encuentra al corriente de sus obligaciones, la elección no era dudosa. Sorprende, no obstante, lo relativo a la causa de excepción a la prórroga por no uso, que no aparece ejercitada por quien estaría legitimado para hacerlo (G.G.C.)

25. Arrendamiento de vivienda para despacho: cláusula de estabilización: doctrina general sobre su validez.— En este caso, ambas partes, bilateral y libremente, han pactado que la renta «sería revisada y ajustada anualmente en el caso de prorrogarse este contrato», y que «la actualización y adaptación de la renta se llevará a cabo aumentándola o reduciéndola en la misma proporción en que hayan variado los ponderados índices generales del coste de vida correspondientes al mes de febrero del año del otorgamiento del contrato», siendo obvio que lo pactado es una auténtica cláusula de estabilización, que, al

prever la posibilidad de revisión en alza o en baja, de la renta pactada, de acuerdo con unos parámetros objetivos —los del alza o baja del índice del coste de la vida—, no altera, sino contrariamente, mantiene la mayor equivalencia de las contraprestaciones, cumpliendo cuantos requisitos exige la jurisprudencia.

Condena en costas: estimación parcial de la demanda en apelación.— La resolución de la Audiencia, modificando la del Juzgado, tan sólo acepta parte de los pedimentos formulados en la demanda, con lo que sienta un criterio que prima sobre el del Juzgador y que, por coherencia legal, exige la modificación del pronunciamiento sobre costas efectuado por el Juzgado, dictándose en su lugar otro en que se aluda la condena en costas. (STS 12 julio 1985, ha lugar.) (G.G.C.)

36. Arrendamiento urbano. Derecho de tanteo.— El artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para que el inquilino pueda utilizar el derecho de tanteo, exige que se trate de venta de pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, y, en el caso debatido, el objeto de la venta fue una casa de cuatro plantas, una de las cuales únicamente corresponde al piso de que es inquilino el retrayente, pues esta Sala tiene declarado que los derechos de tanteo y retracto proceden en el caso de venta por pisos de uno o varios, pero no todos. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— El recurso de casación dimana de tanteo ejercitado por el arrendatario de vivienda, no prosperando la acción ejercitada por éste en ambas instancias, con apoyo en que el objeto de la transmisión no fue únicamente el piso de la finca como unidad integrada. No prospera el recurso de casación interpuesto por el arrendatario. (A.C.S.)

37. Arrendamiento de local de negocio. Justa causa de cierre.— Si bien es cierto que la justa causa del cierre no puede identificarse con la genérica voluntad e intención del arrendatario de abrir el local en un futuro más o menos próximo, no es menos cierto que tampoco puede desconocerse la concurrencia de dicha justa causa excluyente de la excepción a la prórroga, cuando a la voluntad o intención concreta y específica de apertura se asocia una continuada actividad, con el ritmo proporcionado a la importancia y características de la obra a realizar y tendente a dejar el local en las condiciones funcionales y decorativas propias de su posterior destino negocial, supuestos que son los de litis. (STS 11 julio 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Solicitada en la instancia la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por haber permanecido cerrado el local arrendado más de seis meses en el curso del año sin que medie justa causa, tanto la sentencia del Juzgado como de la Audiencia desestimaron la expresada pretensión resolutoria por entenderse que concurría la invocada justa causa para tal cierre. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

38. Arrendamiento de local de negocio de carácter solidario entre los arrendatarios, pactado voluntariamente: admisibilidad y régimen jurídico.— Probada la existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio, cuyos arrendatarios tienen, por acuerdo con el único arrendador, la cualidad de solidarios, es obvio que a dicha situación y sin perjuicio de la normativa arrendaticia específica que sea de aplicación, le serán también, en la

medida en que el contrato suscrito lo permita, los principios que caracterizan la solidaridad.

Fallecimiento de uno de los arrendatarios solidarios: inaplicabilidad del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.— Al operarse el fallecimiento de los arrendatarios solidarios se produce como inmediato efecto la automática subrogación en su puesto de los supervivientes (argumento de la Sentencia de 26 marzo 1958), en lugar de aplicarse la subrogación *mortis causa* del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, precepto que contempla en términos generales situaciones de arrendador y arrendatario únicos, lo cual, si bien no impide el que dicha singularización puede pluralizarse, como tiene reconocido la doctrina de esta Sala, no conlleva el que a estos últimos supuestos haya de aplicarse las mismas reglas, especialmente cuando se ha pactado la solidaridad, haciendo uso de la libertad de contratación que consagra el Código Civil en los artículos 1.254 y 1.255, y cuando la Ley de Arrendamientos Urbanos no prohíbe la solidaridad arrendaticia.

Renuncia del único arrendatario superviviente y entrada en la reclamación arrendaticia de la viuda del coarrendatario fallecido: resolución del contrato.—La renuncia del único arrendatario sobreviviente, en relación con el hecho de haber dado entrada en el local cuestionado a la viuda de su coarrendatario fallecido, sin estar autorizado y sin tener derecho a ello, comporta la introducción de un tercero ajeno a la relación contractual que viabiliza la resolución instada al amparo del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y doctrina jurisprudencial que lo interpreta. (STS 31 mayo 1985, no ha lugar.)

Supuesto singular, y decisión jurisprudencial no menos singular, sobre un interesante contrato arrendaticio, apenas estudiado por la doctrina y escasamente contemplado en la doctrina legal. El antecedente lejano está constituido por un contrato de arrendamiento sobre local de negocio con arrendatario único, al que suceden sus dos hijos bajo la fórmula de «arrendamiento solidario». No resulta claro lo que las partes entendían con semejante fórmula contractual, que parece tener acogida en la amplia dicción del artículo 58.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, *in fine*, si bien puede conjeturarse que los arrendatarios querían salvaguardar la posibilidad de que uno solo de los hermanos sucesores en el arrendamiento continuase sin problemas el negocio heredado del padre. Lo que en realidad sucedió fue el fallecimiento de uno de los coarrendatarios solidarios y a continuación se producen una serie de hechos que conducirán a la resolución del contrato: la viuda ocupa el lugar de su marido con el pleno asentimiento de su cuñado, notificando tardíamente la subrogación *mortis causa* al arrendador con arreglo al artículo 60.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, quien la rechaza, y, posteriormente, la renuncia del arrendatario solidario superviviente, que se notifica y se rechaza igualmente por el arrendador. Parece cuestionable que la cláusula de solidaridad entre arrendatarios implique renuncia tácita al derecho del artículo 60.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pese a que no existe duda sobre su renunciabilidad (artículo 6.3). Acaso haya que inscribir esta Sentencia en esa política de «desmantelamiento jurisprudencial de la Ley de Arrendamientos Urbanos» que el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985 ha consagrado legislativamente de modo sorpresivo (G.G.C.)

39. Subarriendo de local de negocio: desahucio por expiración de plazo: error de hecho.— La probanza documental a que el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil anuda la virtualidad de acreditar la equivocación padecida en la apreciación de la prueba de instancia, es a la de dicha naturaleza documental que pone de manifiesto el error denunciado sin estar contradicha por otros elementos probatorios, situación que no es la del presente caso en el que, además de la existencia de esos otros elementos probatorios de signo opuesto al argumentado por el recurrente, se da la circunstancia de que el documento está redactado en términos de imprecisión e incorrección gramatical y jurídica, tales que resulta no sólo opuesto a los restantes hechos del escrito de demanda, y por supuesto desconectado del suplico de la misma, sino incluso de difícil inteligencia dentro del contexto del propio hecho segundo en que se contiene. (STS 23 noviembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— La base del recurso radica en una contradicción de los hechos que sirven de fundamento a la acción resolutoria de un contrato de subarriendo de local. En determinado pasaje de aquélla parece se alude a que la relación jurídica que vincula a las partes es mera continuación de un anterior subarriendo, y no contrato nuevo y autónomo. Los razonamientos para desestimar el recurso son muy ajustados y deben aprobarse. Un mero error de hecho no debe permitir invalidar una sentencia. (G.G.C.)

40. Arrendamiento de temporada de local de negocio: calificación del contrato: sujeción al Código Civil: resolución por expiración del término.— La acción resolutoria se basa en el contrato en el que expresamente se pacta el arriendo «en régimen de temporada», del 1 de marzo de 1977 al 31 de octubre del propio año, y por idéntica temporada, en los años 1978 y 1979, fecha en que quedará sin efecto el contrato; a lo largo de todo el período contractual los arrendatarios estuvieron en posesión de las llaves del local, y, aunque no permaneció absolutamente cerrado en los meses de enero a marzo no se acredita que se dedicase fuera del plazo contractual a la actividad propia para que fue arrendador; la continuación del contrato durante 1978 y 1979 se debió al acuerdo entre ambas partes y no por la sola voluntad del arrendatario; no se ha demostrado simulación alguna en el otorgamiento del contrato, que fue asumido libre y espontáneamente por los arrendatarios, ni que el arrendador haya consentido la dedicación del local en la forma pactada fuera del plazo establecido en el contrato, sino que lo acreditado ha sido una auténtica intención de temporalidad de los contratantes y así lo expresaron en el contrato litigioso y lo ratificaron después los arrendatarios con ocasión de una denuncia que el arrendador presentó ante la Guardia Civil; de donde la Sala deduce la existencia de un contrato sujeto al Código Civil, que se resuelve por expiración del término de duración pactado.

Utilización del local fuera del plazo pactado.— El Tribunal de apelación considera no probado que la utilización del local fuera del plazo de temporada turística tuviese el asentimiento del arrendador, pero tal circunstancia fáctica no excluye el arriendo de temporada, habiendo declarado la Sentencia de 5 de junio de 1963 que la apertura esporádica del local algún día durante el resto del año, fuera de la temporada de la locación, cualquiera que sea la mayor o menor extensión que tenga la temporada, los plazos concertados para el arrendamiento y las fechas de pago de la renta, no son obstáculo para que el contrato haya de regularse por la legislación común; máxime cuando del servicio de aguas y electricidad por sí solo no se demuestra que los arrendatarios ejercieran su actividad mercantil con carácter permanente y continuado, y menos que ello tuviera lugar, consintiéndolo el arrendador.

Violación de normas sobre interpretación.— Los preceptos sobre interpretación de los contratos han de invocarse en casación por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil; el artículo 1.282 del Código Civil tiene carácter subsidiario respecto del anterior, por lo que sólo debe recurrirse a él si el contrato que hubiese de interpretarse ofreciese alguna duda en el sentido literal de sus cláusulas.

Error de hecho.— El recurso de casación no es una tercera instancia en que esta Sala pueda revisar el resultado probatorio obtenido en la instancia para llegar a conclusiones satisfactorias para los recurrentes, quienes en la formulación del motivo no se limitan a señalar, como procedía, uno o varios documentos de los que resulte como palmaria y manifiesta una equivocación de la Sala de instancia, sin necesidad de interpretaciones ni deducciones, sino que propiamente se hace una interpretación de los documentos esgrimidos, que en sí no revelan error alguno manifiesto en el fallo recurrido, que los tuvo en cuenta junto con otros medios probatorios. (STS 20 septiembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Reitera la Sentencia, con finalidad pedagógica, la naturaleza del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, que no ha variado después de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tiempo que sale al paso de una argumentación habitual de los arrendatarios de temporada, a saber, que su duración los convierte en arriendos normales. Cabe esperar, por otra parte, un cambio en la frecuencia y contenido de los pleitos arrendaticios urbanos, a medida que se haga más intensa la aplicación del Decreto-Ley Boyer de 1985, cuya normativa privaría de sentido a pleitos como el aquí contemplado (G.G.C.)

41. Arrendamiento de solar para instalar estación de servicio: calificación: legislación aplicable: desahucio por expiración de plazo.— El objeto del arriendo fue una parcela, propiedad del Ayuntamiento, sin edificación alguna, constitutiva de un solar, para que en ella estableciera el arrendatario una estación de servicios de venta de carburante líquidos; por tanto, no cabe hablar de un arrendamiento de local de negocio, por faltar la base fáctica de «edificación habitable», y ni aun después de instalada la estación de servicio podría hablarse de edificaciones habitables en el sentido de que reúnan las condiciones de seguridad, higiene y protección contra los accidentes atmosféricos, que exige indispensablemente la habitabilidad; por lo que se trató de un arriendo de solar sin complejidad alguna derivada de elementales instalaciones que exige una estación de servicio, y sin que pueda hablarse de arrendamiento de local cuando después de celebrado el contrato se llevan a cabo determinadas edificaciones, lo cual no implica modificación del contrato en orden a las normas de excepción relativas a la prórroga; ni aun en el supuesto de que el arrendatario hubiese convertido el solar en un local de negocio, a lo que no le autoriza el contrato, se hubiera desvirtuado la naturaleza del objeto arrendado que no se rige por la Ley de Arrendamientos Urbanos; por consiguiente queda excluida la aplicación de toda hipotética complejidad, así como sustraído al ámbito de aplicación del artículo 3.º, apartado 2.º, de aquélla, que exige que el arrendatario recibiera el local, bien con un negocio o industria ya establecido en él, bien para instalar allí su propia industria, ni tampoco se trató del arriendo de local de negocio en que hubiese instalada una de estas estaciones, sino que el ahora recurrente se obligaba a instalarla en el solar recibido y a levantarla al concluir el plazo contractual, según solemnemente se comprometió por comparecencia ante la entidad arrendadora.

Tácita reconducción: requisitos: duración.— No se produjo tácita reconducción, porque al vencer el plazo contractual el arrendador hizo un requerimiento de desalojo conminando al arrendatario a levantar las instalaciones; y, aunque se hubiera producido, en mo-

do alguno puede asignársele la duración originaria del contrato, sino la de un año, por pagarse la renta por años. (STS 9 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

42. Arrendamiento de industria: prueba de confesión.— Según reiterada jurisprudencia, para que la confesión haga prueba contra su autor ha de ser clara, precisa y contundente, es decir, constitutiva y demostrativa de un hecho indiscutible o de una afirmación vinculante y suficiente para destruir la apreciación de la prueba, no sólo de su conjunto, sino de otros medios particulares tenidos en cuenta por el Juez, que es lo que aquí no ocurre, porque el Juez de Instancia obtiene la calificación del contrato como arrendamiento de industria, fundamentalmente de su texto escrito y anejo inventario, pero también de la constancia de una efectiva entrega de utensilios y menaje suficiente y aptos para la industria que ya se había ejercitado en el local, apreciación que no puede ser destruida por una interpretación de la confesión judicial que carece de precisión (STS 31 mayo 1985, no ha lugar.)

43. Arrendamiento: calificación: mixto de industria y de vivienda: resolución por vencimiento del plazo.— Ante la ausencia de contrato escrito se llega a la calificación del contrato sobre la base de la apreciación de elementos fácticos extraídos de las pruebas practicadas, llegándose a la conclusión de que el bar ya existía y que lo explotaba el marido de la actora, y que desde entonces se siguió explotando sin solución de continuidad, lo que indica que se transmitió una organización productiva, formada por elementos materiales entre sí suficientes para funcionar y asumir una actividad productiva y lucrativa sin necesidad de más elementos, aunque se fueran introduciendo otros que ampliaban, mejoraban o perfeccionaban los existentes, pero que en nada afectan a la calificación del arrendamiento como de industria, a cuyo principal objeto lucrativo se une, como accesorio, la vivienda, integrando un solo contrato, al que es de aplicar la normativa de la resolución contractual contenida en el artículo 1.581 del Código Civil, dado que el alquiler es mensual, lo que determina la resolución del unitario contrato, por expiración del plazo contractual.

Legitimación activa de un comunero para el desahucio.— Es constante la doctrina de esta Sala, que establece que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio, en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos, como para defenderlos, especificándose en las Sentencias de 7 de julio de 1954 y 25 de enero de 1958, que pueden ejercitar en beneficio de todos los copartícipes acciones encaminadas a obtener la resolución de un contrato de arrendamiento, beneficio que, lógicamente, se produce a favor de los demás si la resolución prospera, y sin que sea preciso para ello que en su comparecencia en el proceso especifique que lo hace, tanto en su nombre como en el de los demás condóminos.

Legitimación activa de la usufructuaria.— El artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclama la legitimación de la usufructuaria para el desahucio por expiración de plazo, estando además reconocida como arrendadora por los propios recurrentes al abonarle la renta pactada. (STS 14 mayo 1985, No ha lugar.)

44. Arrendamiento para explotación de plaza de toros: naturaleza: de industria y no de local de negocio.— La doctrina de esta Sala tiene en cuenta para distinguir el arrendamiento

miento de industria del de local de negocio, que en el primero el arrendatario recibe, además del local, el negocio o industria en él establecido «de modo que el objeto del contrato no sea solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas», mientras que con el arriendo de local de negocio el arrendatario ejerce en el inmueble locado su propia industria o negocio; en el presente caso, el contrato básico revela en una interpretación literal que se refiere a una unidad patrimonial integrada por una plaza de toros, cuyo destino se sobreentiende, y que expresamente se da en arriendo, al objeto de celebrar corridas y también otros espectáculos, constando que al comienzo del arriendo se entrega la plaza con todas sus dependencias anejas, en perfecto estado para la lidia, y regulándose minuciosamente el contenido del contrato en relación con el servicio de la plaza, enfermería, servicio de agua y luz, pago de impuestos, reserva gratuita de localidades a favor de los propietarios, quienes se reservan además la vivienda del conserje y un despacho, lo que constituye una unidad patrimonial con vida propia susceptible de inmediata explotación.

Presunciones.— Es lógico deducir de ser propietario de una plaza de toros que se pueda arrendar el inmueble para ofrecer espectáculos taurinos y de otra clase, lo que responde a la más pura lógica y a la naturaleza de las cosas, no pudiendo decirse que los propietarios del inmueble sean ajenos a la actividad comercial que allí se realiza, pues, precisamente, en vista de ello, la cedieron en arriendo, se fijó la renta y se percibe la misma, y con este objeto evidentemente adquirieron la propiedad del inmueble.

Capacidad para arrendar: «Nemo dat quod non habet».— La cesión de una cosa en arrendamiento no es acto de riguroso dominio, que no se incluye como tal en el artículo 348 del Código Civil, ni tal exigencia se presupone en los artículos 1.564 y 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que, por el contrario, la cesión arrendaticia es un mero acto de administración, lo que no obsta para que en la mayoría de los casos sea el mismo propietario el que concierta el contrato de locación; siendo de notar que en el presente caso la entidad arrendatario nunca discutió a los arrendadores su calidad de titulares del inmueble arrendado, quienes fueron los mismos que anteriormente habían cedido la explotación del negocio a otros arrendatarios; por lo que no se infringió el principio del derecho *nemo dat quod non habet*.

Abuso o exceso de jurisdicción.— No procede alegar esta excepción si lo que se discute es «si el mismo» órgano jurisdiccional hubo de seguir distinto procedimiento del que efectivamente siguió, ya que, en estos casos, en nada se afecta a la jurisdicción con que se actúa, como ocurre cuando un juicio de desahucio pierde su primitiva sencillez para adquirir la estructura procesal de un juicio declarativo.

Desahucio por expiración de plazo seguido en procedimiento incidental: adecuación del procedimiento.— En el juicio de desahucio seguido por el procedimiento incidental ha podido muy bien sustanciarse la controversia planteada de desahucio por expiración del plazo, en procedimiento cognitorio con amplitud de fase cognitoria, sin quebranto de la doctrina reiterada de que en el juicio de desahucio no pueden resolverse cuestiones complejas que requieran el amplio debate y probanzas de los juicios declarativos, no sólo porque se ha seguido un juicio declarativo, como es el incidental de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también porque las cuestiones traídas a debate, sustancialmente si se trata de arrendamiento de industria o de local de negocio, están tan íntimamente ligadas al proceso de desahucio y a la causa invocada de extinción del contrato, que es ineludible su tratamiento, en cuyo caso esta Sala declaró con anterioridad que pueden ser susceptibles de dis-

cusión y de resolución sin contrariar por ello la doctrina de exclusión del mismo de cuestiones complejas ajenas al ámbito propio del procedimiento sumario de dicho juicio de desahucio (Sentencias 5 de octubre 1920, 20 mayo 1946 y 16 octubre 1951).

Costas en Primera Instancia: artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.— Se ha declarado por Sentencia de 14 de junio de 1984, y otras anteriores, que en juicio de desahucio de arrendamiento de industria no se está en presencia, en materia de costas, de un precepto terminante de carácter imperativo, y el Juez de Primera Instancia aplicó indebidamente el artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el proceso, en el presente caso, perdió su primitiva sencillez para adquirir la estructura procesal de un juicio declarativo, en el que no se observó por el Juez temeridad o mala fe en la conducta del demandado, no procediendo expresa condena de las costas de Primera Instancia. (STS 8 octubre 1985, ha lugar.)

NOTA.— La declaración de ser el arrendamiento un acto de administración ha de entenderse en el contexto de la Sentencia referido a un arrendamiento de industria sujeto al régimen del arrendamiento de cosas en el Código Civil. Sabido es que la doctrina ha discutido ampliamente acerca de si los arrendamientos sometidos a Leyes especiales requieren capacidad de disponer. La respuesta afirmativa viene corroborada por la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, mientras que para las locaciones urbanas el Decreto-Ley Boyer hará aplicable la doctrina común respecto a los contratos posteriores, salvo que se trate de arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad. (G.G.C.)

45. Arrendamiento de industria. Eficacia de documento privado.— El Tribunal Supremo señala que el documento privado de venta de muebles y enseres de la cafetería no puede jugar frente al actor, tercero en este caso, sino desde la fecha de su presentación a Hacienda, esto es, 11 de noviembre de 1980 (y, por tanto, una vez que el actor era ya propietario del local), a tenor del artículo 1.227 del Código Civil y, en consecuencia, no surtiendo efecto los contratos sino entre las partes que los otorgan y sus herederos, al adquirir el actor el 24 de mayo de 1977 el local en que se asentaba la cafetería, se subrogó en la posición de los vendedores respecto al arrendamiento de industria existente.

Novación.— Es excesivo apreciar la existencia de novación y deducirla del tan citado documento de venta de enseres, que sólo a esto se refiere, y sin que en él conste la voluntad clara y explícita (Sentencias 25 mayo 1981, 18 junio 1982, 22 noviembre 1982 y 24 febrero 1984) de sustituir el primitivo contrato de arrendamiento de industria por el de simple local de negocio, amén de que en caso de duda hay que estar por la novación modificativa, no por la extintiva (Sentencia 29 enero 1982). (STS 26 octubre 1985).

HECHOS.— En fecha 1 de abril de 1975 se concertó contrato de arrendamiento de industria entre los propietarios del local y el recurrido, para destinarlo a cafetería, por plazo de un año prorrogable por otros cuatro. El 30 de julio de 1976 los arrendadores venden al arrendatario los muebles, enseres y maquinaria de la cafetería en documento privado que no se presenta en Hacienda hasta el 10 de noviembre de 1980. El 24 de mayo de 1977 los dueños venden al actor en escritura pública el local en que se hallaba la cafetería. El 24 de abril de 1980 el actor solicita la resolución del arrendamiento de industria por expiración del plazo convenido, a lo que se opone el arrendatario, entendiendo que al comprar los enseres de la cafetería el arrendamiento de industria se ha convertido en arrendamiento de local de negocio.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestiman la demanda del actor. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

46. Arrendamiento de industria: calificación del contrato.— Mediante el arrendamiento aquí contemplado se transfirió a la recurrente un negocio activo de bar, dotado del necesario utillaje e incluso de la clientela como factor comercializable, sin dejarse justificado que la referida arrendataria fuera la creadora de su propia empresa o la hubiera modificado sustancialmente, revelando en consecuencia la entrega por el arrendador de algo más que un conjunto de bienes comerciales, cual es el fruto de un trabajo prolongado en el tiempo, que es lo que caracteriza al arrendamiento de industria, y no la de un simple local en el que va a surgir una industria *ex novo*, que es lo que configura el arrendamiento de local de negocio.

Mejora de las instalaciones por el arrendatario: no desvirtúa la naturaleza del contrato.— La calificación como arrendamiento de industria no viene desvirtuada por el hecho de que quien adquiere un negocio en vínculo arrendaticio, mejore las instalaciones y elementos entregados, puesto que ello es mera consecuencia de la lógica perfectibilidad que es inherente a toda actividad industrial, sin más alcance que adaptar el destino de la industria a las necesidades sentidas por el auge que adquiera, pero sin que determine alteración de su inicial naturaleza. (STS 7 mayo 1985, no ha lugar.)

47. Arrendamiento pecuario: desahucio por expiración de plazo: derecho transitorio: inaplicabilidad de las prórrogas por Decretos-Leyes.— Las prórrogas dispuestas por los Reales Decretos-Leyes de 1978, 1979 y 1980, sobre prórroga de arrendamientos rústicos dictados con anterioridad a la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, dispusieron la perduración, hasta la vigencia de ésta únicamente de aquellos arrendamientos que afecten a cultivadores directos y personales, debiendo esta condición serles discernida «a fortiori», según la normativa vigente a la sazón, que definía como tal al arrendatario cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por éste, o por los familiares en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales del cultivo, y sin que, en ningún caso, el número de obradas exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca.

Duración mínima.— Según la legislación derogada, la duración mínima de los arrendamientos de fincas, cuya principal explotación sea la pecuaria será de tres años, no existiendo derecho de prórroga salvo que se trate de arrendamiento protegido, que no es el presente. (STS 25 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

48. Arrendamiento rústico con finalidad pecuaria: desahucio por obras; improcedencia: derecho transitorio.— La causa 5.ª del artículo 28 del R.A.R. de 1959 ha de contemplarse tomando como punto de partida lo que es esencial en este tipo de arrendamientos, esto es, la atención, cuidado, cultivo y tratamiento de las tierras arrendadas (aspecto agrícola), así como la proyección de esas actividades sobre el aprovechamiento pecuario; y en el presente caso las obras fueron realizadas por el arrendatario para facilitar la entrada directa de la hierba en la cuadra, lo que implica que las referidas obras, más que un arrojarse facultades dominicales, suponen un poner en juego las facultades del arrendatario

para lograr una más adecuada explotación de la finca, con vistas a obtener los rendimientos de que sea susceptible.

Desahucio por daños: improcedencia.— Tiene declarado la jurisprudencia que los daños vienen principalmente referidos a los originados por falta de celo y cuidado del arrendatario en el ejercicio de sus facultades arrendaticias, siempre que sean de gravedad y produzcan desmerecimiento de la finca, deterioro o desvalorización que en estos arrendamientos debe contemplarse con perspectivas y criterios distintos a los que han de emplearse cuando se trata de los urbanos, debiendo advertirse que el elemento del dolo o culpa del arrendatario, exigido por el artículo 28, número 5.º R.A.R., por su trascendencia exige una clara y terminante declaración, no pudiendo presumirse. (STS 12 abril 1985, ha lugar.)

NOTA.—Se trataba del arrendamiento de un caserío con finalidad ganadera, y las obras que la Audiencia estimó causa de desahucio habían consistido en la apertura de un boquete en la cuadra de 0,80 × 0,60 metros para poder descargar directamente la hierba mediante un tabique en forma de escuadra; los informes periciales dictaminan que es correcta la forma de llevar la explotación ganadera. Mientras el Juzgado desestimó la demanda, la Audiencia dio lugar al desahucio por obras y daños. En Sentencia que destaca por la claridad en la fijación de los hechos (Pte. Martín-Granizo) se da lugar al recurso de revisión. Es de señalar que el Tribunal Supremo tiene cuidado de resaltar los diferentes derroteros que ahora están tomando las legislaciones de arrendamientos rústicos y urbanos, por lo que resulta inadecuado trasladar de una a otra los respectivos criterios hermenéuticos (G.G.C.)

49. Arrendamientos Rústicos: retracto.— Los requisitos que debe reunir para su eficacia el ejercicio de las acciones de retracto que contempla el artículo 16 del Reglamento sobre arrendamientos rústicos de 1959 en relación con el artículo 1.518 del Código Civil son:

- a) Ejercicio de la acción de retracto dentro del plazo establecido en el citado artículo 16.
- b) Verificar el retrayente los reembolsos que previene el indicado artículo 1.518 del Código Civil.

Para que el acto de conciliación pueda interrumpir el plazo preclusivo en orden a la acción de retracto es necesario que se cumpla también el requisito de la consignación que fija el citado artículo 1.518 del Código Civil, si el precio es conocido. (STS 21 octubre 1985) (A.M.S.)

50. Arrendamiento de máquina copiadora: cláusula de sumisión expresa en condiciones generales: falta de firma de la arrendataria.— Si bien el contrato unido a la demanda contiene una cláusula de sumisión a los Juzgados de Madrid, dicho contrato no aparece firmado por la entidad arrendataria, por lo que, siendo la firma la esencia de la obligación contraída por escrito, dicha obligación de sumisión no existe al faltar la firma del obligado.

Competencia a favor del domicilio del demandado.— Siendo ineficaz la cláusula de sumisión expresa en que pretende apoyarse el demandante, y al no existir tampoco sumisión

tácita, han de regir las normas del artículo 62, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, es Juez competente, a falta de designación del lugar en que deba cumplirse la obligación, el del domicilio del demandado, ya que la actora no ejercitó la opción que concede la expresada regla 1.ª (Sentencia 11 mayo 1985: Competencia por inhibitoria).

A idéntica solución se hubiera llegado aplicando la Ley General de defensa de los Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, dado que la alegada cláusula de sumisión expresa estaba incluida entre las condiciones generales del contrato de la máquina multcopiadora. El litigio se plantea entre la Rank Xeros Española, S. A., y el P.S.O.E. de Las Palmas. (G.G.C.)

51. Transacción. Elemento objetivo.— El elemento objetivo o materia sobre la que necesariamente ha de versar la relación obligacional transigida ha de ser cierto, preciso, conocido y determinado.

Actividad transaccional.— Implica un acto de disposición, como consecuencia de la reiterada doctrina jurisprudencial de que transigir equivale a enajenar.

Elemento común de inmueble en régimen de propiedad horizontal. Renuncia de derechos.— La renuncia de derechos, en cuanto conduzca a la actividad dispositiva sobre un elemento común de inmueble en régimen de propiedad horizontal, no tiene enmarque en el ámbito de la norma segunda del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, sino en la regla segunda del mismo precepto legal, ya que, como queda dicho, la renuncia pretendida afecta y alcanza a elementos comunes y requiere el acuerdo unánime de los copropietarios. (STS 29 mayo 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios de un edificio contra el promotor-vendedor, el Juez de Primera Instancia le condenó a realizar las obras pertinentes para adecuar los elementos comunes del edificio al nivel de calidad constructiva previsto en el proyecto de construcción aprobado por la Delegación del Ministerio de la Vivienda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

52. Contrato de obra: construcción de maquinaria: requisitos del cumplimiento: defectos subsanables.—Si el pago es el acto de realización o ejecución de lo debido que, para que surta los efectos extintivos de la obligación, debe reunir, entre otros requisitos, los de identidad e integridad entre lo pactado y lo entregado, es manifiesto que en el caso de litis el constructor cumplió con la obligación contraída entregando al comitente la máquina por éste encargada, en cuanto tal prestación o entrega reunía las expresadas características, sin que a ello obste que la indicada máquina tuviera algún defecto que, ni era insubsanable, ni importante a los fines perseguidos, y que sólo podía dar lugar a una disminución en el precio.

«Exceptio inadimpleti contractus»: Requisitos.— Según doctrina jurisprudencial, el éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, lo que no ocurre en este caso. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Sobre el tema de la excepción sigue siendo fundamental el trabajo de ESPIN, *La excepción de incumplimiento contractual*, ADC. 17(1964)543 ss. y resumidamente en el *Manual III*⁶ (Madrid, 1983), p. 431, donde considera que es contrario a la buena fe la alegación de un incumplimiento de leve entidad. (G.G.C.)

53. Responsabilidad del subcontratista.—Aun cuando pudiera admitirse que la responsabilidad viene atribuida por el artículo 1.591, únicamente al constructor por los vicios de la construcción generantes de ruina, y que el subcontratista no tiene relación directa con los adquirentes de los pisos demandantes, lo cierto es que éstos han sufrido unos perjuicios, en cuya causación tiene participación, aunque en grado no determinado, la impugnante, a cuyo abono indudablemente ha de contribuir en la forma solidaria establecida, por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, precepto que también los actores invocaron en su demanda en apoyo de sus pretensiones indemnizatorias. (STS. 23 noviembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Un promotor construyó un edificio que fue vendido a diversas personas que constituyeron la Comunidad de Propietarios. Aparecieron en el edificio graves daños por causa de las filtraciones por defectos de obras de impermeabilización de la terraza, juntas de dilatación, enladrillado y masa de cemento que cubre la misma. La Comunidad de Propietarios demandó al promotor, al arquitecto, al aparejador y al subcontratista que se encargó de la impermeabilización de la terraza-azotea, a fin de que realizasen a su costa, de forma solidaria, las obras precisas para eliminar los defectos de construcción e indemnizar de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando exclusivamente al promotor. Revocando en parte esta sentencia, la Audiencia Territorial condenó solidariamente al promotor, al aparejador y al subcontratista. No prospera el recurso de casación.

NOTA.— Partiendo de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad decenal regulada en el artículo 1.591 del Código Civil no habría dificultad alguna para admitir una acción directa contra el subcontratista, en función de la doctrina jurisprudencial que aplica este precepto para configurar la responsabilidad del promotor-vendedor. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo no sigue este camino en la sentencia que anotamos, pues acude a la vía del artículo 1.902 del Código Civil, considerando a los adquirentes de los pisos como terceros perjudicados.

A nuestro juicio, desde la perspectiva contractualista es coherente pensar que el promotor responde, tanto por sus propios hechos, cuanto por los de los subcontratistas a quienes haya podido encomendar parte de los trabajos. En este sentido, la responsabilidad del promotor por el hecho de subcontratista constituye una hipótesis concreta de responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, que en sede de contrato de obra aparece en el artículo 1.596 del Código Civil (TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en este ANUARIO, 1971, fasc. 4.º, p. 1.143 y ss.)

Sobre las distintas teorías defendidas para configurar la responsabilidad del subcontratista, con atinadas observaciones críticas, véase CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitecto y constructores*, Madrid, 1976, p. 205 y ss.). (A.C.S.)

54. Contrato de arquitecto con obra sindical del hogar: No es el Estado a efectos de reducción de honorarios.— La Obra Sindical del Hogar, como las demás dependientes del

desaparecido Movimiento Nacional, no eran órganos genéricos de la Administración, no estaban integrados en ella, ni con ella se confundían (S. 8 julio 1960, de la Sala 1.ª, y S. 25 abril 1967 de la Sala de lo Contencioso), y porque además, según la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre Organismos Autónomos, se dejaba fuera de su órbita a los organismos del Movimiento, así como a la Organización Sindical y entidades que la integran, que no podían considerarse, por su naturaleza y fines, como estatales nacidas de la descentralización de los servicios propios de la Administración Pública, y, por consiguiente, no acreedora a los descuentos previstos para las obras destinadas a esta Administración.

Subrogación del Instituto Nacional de la Vivienda: irretroactividad: Respeto a los derechos adquiridos.— La estimación de la demanda del arquitecto se hace conforme a la legalidad vigente en 1975, aunque en la actualidad, dicha Obra Sindical del Hogar haya sido asumida en sus funciones por el Instituto Nacional de la Vivienda, y como tal, subrogado deudor de la prestación pactada en su integridad, pues otra cosa sería atentar al principio de irretroactividad, en perjuicio de un derecho adquirido y consolidado. (STS 5 febrero 1986, no ha lugar.) (G.G.C.)

55. Sociedad irregular: liquidación de cuentas: condena a la cantidad que resulte en ejecución de sentencia.—Mantenida inmutable en este trámite la condena a liquidar, el recurrente en trámite de ejecución tendrá la posibilidad de acreditar si realmente es acreedor o deudor del demandante, demostrando cumplidamente, en tal fase del proceso, los abonos o detracciones o gastos verificados, hasta llegar a una liquidación definitiva, debiendo entre tanto mantenerse la presunción sentada en la instancia al ser uniforme la doctrina jurisprudencial que proclama que la conclusión a que en la instancia se llega, ha de ser mantenida en casación al no poder ser tildada de absurda, ilógica o inverosímil.

Valoración de la prueba testifical.— El artículo 1.248 del C.C. no es apto para apoyar en el mismo el recurso de casación, al no contener normas valorativas de prueba alguna de obligada observancia, sino de simple carácter admonitivo, por lo que la apreciación de ese medio de prueba es facultad discrecional de los Tribunales de instancia, además de que las reglas de la sana crítica son simples máximas de experiencia que no han sido codificadas. (STS 21 diciembre 1984, no ha lugar.)

NOTA.— La única duda que suscita esta sentencia es la de si no se convierte la fase de ejecución en una nueva instancia, de modo que, existiendo una condena a liquidar las cuentas de una sociedad civil irregular, por falta de claridad o integridad de las bases fijadas en la sentencia de instancia, no se altere decisivamente el sentido de ésta.

56. Sociedad Civil irregular. Prueba. Admisión parcial de hechos por el confesante. Tacha de testigo no alegada.—El canon probatorio de la confesión judicial no se infringe por el Juzgador por hacer abstracción de la admisión parcial de determinados hechos por el confesante, acogiendo por el contrario otros, si resultan estos últimos corroborados por las demás pruebas, lo que no apareja división de la confesión como ya dijeron las sentencias de 24 noviembre 1983 y 19 octubre 1984; la tacha legal por razón de parentesco debió ser alegada en momento oportuno del pleito, sin cuyo requisito no pudo ser estimada, ni amparar un recurso de casación por infracción de Ley, como estableció la Sentencia de 20 octubre 1928, aparte de que, sean o no tachables los testigos, la apreciación de esta prueba pertenece al arbitrio discrecional de los Tribunales. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

57. Contrato de arbitraje. Casación contra laudo de equidad. Ambito del recurso.— Esta Sala no puede entrar a conocer del contenido y de la procedencia de los pronunciamientos del laudo de equidad, los cuales no han de ser examinados en el recurso extraordinario que resuelve, sino sólo desde el punto de vista o aspecto formal de si, a partir de que puedan ser objeto de arbitraje, caen o no dentro de los puntos sometidos a la decisión de los árbitros. (STS 28 septiembre 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

58. Cesión de solar por vivienda. Novación modificativa parcial. Subsistencia de la fianza al ser consentida por cofiadores.— La novación operada respecto a algunos de los pactos del contrato inicial de cesión de solar por pisos a construir fue conocida y consentida por los cofiadores y, en particular, se declara que la prórroga para la entrega de las viviendas fue conocida y consentida por los cofiadores.

Incumplimiento de la obligación principal. Cláusula penal por demora. Compatibilidad con la prestación por equivalente.— Se decreta la resolución del contrato y su aneja consecuencia indemnizatoria al haberse quedado patente la imposibilidad del cumplimiento por la deudora de la obligación de entregar los pisos construidos, por lo cual se sustituye la prestación en especie por el valor que debía ser entregado, el cual no constituye la obligación de daños y perjuicios contenida en el artículo 1.152, párr. 1.º al efecto de hacer permisible que la aplicación de la cláusula penal exonere al deudor del cumplimiento sustitutorio, procediendo la aplicación de la cláusula dicha, ya que el retraso ha operado y sigue operando hasta la fecha en que el obligado realice la prestación sustitutoria.

Beneficio de excusión. Requisitos.— El beneficio de excusión tiene unas reglas determinadas para su ejercicio, debiendo oponerse por el fiador luego que el acreedor le requiera para el pago, señalándole bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda, habiéndose aclarado por esta Sala: a) que el precepto no determina la forma del requerimiento de pago, por lo que es claro que puede ser hecho por demanda judicial, que quedará enervada de hacer uso el fiador del privilegio en la forma ordenada; b) que el beneficio ha de ser opuesto oportunamente en el pleito, durante el período expositivo del mismo y no en escritos distintos a los que se regulan en los artículos 524, 540 y 548 L.E.C., y muchos menos en los que se presenten después de constituida la relación jurídico-procesal.

Diferencias entre novación modificativa y extintiva.— Según reiterada jurisprudencia, el deslinde entre ambas ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduce, de modo que, mientras el vínculo primitivo subsista, aunque modificado, habrá novación impropia. (STS. 3 octubre 1985; no ha lugar.) (G.G.C.)

59. Culpa extracontractual. Seguro de accidentes. Fecha de celebración del contrato de seguro. Prueba de presunciones. Doctrina General.— Es preciso distinguir el hecho o hechos demostrados y aquél que se trata de deducir entre los que es indispensable que haya un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» que la doctrina legal puntualizó con rigor, exigiendo que entre los dos exista conexión y congruencia, muestras de una relación concordante, teniendo en cuenta unas reglas, como las del criterio humano, que son las de la lógica o raciocinio lógico que no autorizan a realizar deducciones que la Ley no permite, ni dar a los hechos significación de que carecen.

Presunción de validez del contrato de seguro al tiempo del accidente.— El accidente tuvo lugar el 3-11-1975, a las 12,25 horas, y la proposición del seguro se efectuó por la hermana del conductor y propietario del coche, figurando en ella un sello que dice «cobrado, 3-11-1975. Deleg. Valencia», y las Oficinas de la aseguradora se cierran a las 13 horas; de estos hechos no se puede racionalmente deducir que el contrato se hiciera ese día, pero después del accidente, por la práctica imposibilidad material de que el conductor del coche, atendiese al accidentado, cumplierse las diligencias normales con los Agentes de la autoridad, buscarse a su hermana, la encontrarse, la instruyese del encargo, con suministro de datos necesarios y que ella acudiese a la sede de la Compañía aseguradora, formalizando las oportunas operaciones, con pago del importe, todo ello en treinta y cinco minutos escasos.

Omisión de la hora. Culpa de la aseguradora.— La duda suscitada respecto de la hora en que se efectuó la proposición del contrato de seguro —aceptado y cobrado su importe— tiene su origen en un acto imputable única y exclusivamente a la Compañía aseguradora que en el referido escrito de proposición no hizo constar la hora en que se efectuó, cuya constancia hubiese evitado las posteriores discusiones, con la importante particularidad de estar obligada a hacerlo (art. 16 Reglamento del Seguro Obligatorio de 1964), de cuyo incumplimiento sólo ella debe sufrir las consecuencias que inciden, no en una mera propuesta de contrato, sino en un contrato perfecto, que fue aceptado y cobrado por la aseguradora, donde aquella omisión, con la consiguiente oscuridad al respecto, no puede interpretarse a su favor, por impedirlo el artículo 1.288 C.C., con la consiguiente exoneración de responsabilidad de la aseguradora si se concluye que el contrato es de fecha posterior al accidente, siendo así que era a ella a quien incumbía demostrar lo contrario con hechos concretos y fehacientes, no con simples conjeturas y deducciones. (STS 7 octubre 1985, ha lugar.)

NOTA.— Parece razonable la presunción en que se basa el TS para estimar el recurso, pues sólo con el concurso de un conjunto extraordinario de circunstancias, pudo ocurrir lo contrario; por ejemplo, si el propietario tenía preparada la documentación antes del accidente, y al ocurrir éste alerta por teléfono a su hermana para que, sin dilación, se persone en la Compañía de Seguros y concierte el contrato. No es ciertamente, *quod plerumque accidit* y la buena fe debe presumirse también en el asegurado. (G.G.C.)

60. Culpa extracontractual. Daños causados por excavaciones en finca colindante. Responsabilidad de los arquitectos. Inversión de la carga de la prueba.— Es doctrina de esta Sala la de que el autor de los daños que se acrediten es quien, por una inversión de la carga de la prueba, viene obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar tales daños, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excuse el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o, lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iusuris tantum* y hasta tanto no demuestre el autor de los daños que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar los daños, y en el presente caso se declara probado que los Arquitectos dejaron de hacer cuanto era debido para que no se produjera el riesgo y daño ocurrido.

Acción directa contra la compañía aseguradora. Solidaridad.— Según reiterada doctrina de esta Sala, el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarci-

miento del daño al asegurador que contrató un seguro de esa especie, obligación del asegurador que tiene carácter solidario con la del asegurado, y que, incluso, es más onerosa que una obligación solidaria (S. 26 marzo 1977), pues, aunque la solidaridad no se presume, hay casos en que la Ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, o como garantía para el acreedor, o como sanción de acto ilícito.

Prueba del daño. Valor de la confesión.— La confesión hace prueba contra su autor, quien, en este caso reconoció, no sólo el hecho del no abono por parte de la Comunidad de Propietarios de las facturas de hotel, sino también el hecho positivo de su abono efectivo por un tercero, todo lo cual lleva a la estimación del recurso y a tener por no probado el daño que se alega causado a los actores.

Incumplimiento de requisitos del Art. 1.902.— La resolución recurrida interpretó erróneamente el artículo 1.902 del C.C., toda vez que la falta de prueba del hecho del perjuicio que suponía el abono de las referidas facturas impedía la aplicación del mecanismo indemnizatorio del citado precepto. (STS 30 mayo 1985, ha lugar.)

NOTA.— La estimación del recurso conduce a reducir el alcance de la indemnización señalada por la A.T. eliminando el importe de las facturas de hotel mientras subsistió el peligro de derrumbamiento.

61. Culpa extracontractual. Daños por incendio. Responsabilidad solidaria del propietario y del arrendatario del local incendiado. Presunción de culpa.— Es doctrina legal la presunción *iusuris tantum* de culpa imputable al autor de los daños que se acreditan causados, siendo éste, por inversión de la carga de la prueba, el que debe probar, para exonerarse de responsabilidad, que actuó con la diligencia y prudencia precisas para evitar tales daños. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Lo importante de esta declaración es la tajante afirmación de que en el sector del tráfico a que afecta el supuesto de hecho (daños por incendio) rige el principio de la presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba. El incendio producido en un bar se propaga al resto del inmueble siendo condenados solidariamente el propietario del bajo y el arrendatario. (G.G.C.)

62. Culpa extracontractual. Atropello de niña de cinco años. La culpabilidad como «*quaestio iuris*».— Es doctrina constante de esta Sala que la calificación como culposa de una conducta es una cuestión jurídica y por ello atacable siguiendo la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 L.E.C., si bien los hechos que sirven de partida para llegar a tal calificación han de denunciarse por el cauce del número 7.º del mismo precepto.

Culpa exclusiva de la víctima.— En la resolución atacada existen unas declaraciones de orden fáctico que giran en torno tanto de la actuación de la desgraciada víctima, como de sus padres y de la del agente directo de la producción del hecho dañoso, a más de las circunstancias concurrentes de tiempo y lugar, que permanecen inalterables en este trámite casacional, las que lejos de acreditar una reprochable conducta del que manejaba el vehículo, viene a demostrar que no hubo por su parte falta de atención a la conducción, ni exceso de velocidad, y sí por el contrario actuación súbita por parte de la niña que resultó golpeada, precisamente por la parte posterior izquierda del vehículo, o sea, cuando ya estaba re-

basada la parte delantera y lateral del mismo, acaeciendo el evento también por la falta de atención de las personas que la tenían bajo su custodia. (STS 25 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.—¿Regresión en la doctrina jurisprudencial al apreciar, con benevolencia, la culpa exclusiva de la víctima en la causación del daño? Son datos básicos: que la niña irrumpe en la calzada entre dos vehículos aparcados, que la vía es de dirección única y que el vehículo la golpea estando casi a punto de rebasarla. Obsérvese que no se utiliza la presunción de culpa o la responsabilidad por riesgo, sino que se declara un actuar diligente y cuidadoso del conductor, al que se le exonera de culpa. (G.G.C.)

63. Culpa extracontractual. Incendio de vehículo por deficiente reparación. Acumulación con la responsabilidad contractual. Irrelevante siempre que el fallo deba mantenerse por otros fundamentos.— Con independencia de que tanto una como otra forma de culpabilidad tienen su origen en un comportamiento antijurídico productor de un daño que debe ser indemnizado para restablecer en lo posible el equilibrio patrimonial perturbado por el hecho ilícito, no puede olvidarse que el recurso de casación por infracción de Ley sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra sus considerandos, a no ser que éstos constituyan premisa obligada del fallo, siendo ineficaz combatir los considerandos si no son un antecedente obligado de la parte dispositiva, cuando ésta, por otros fundamentos legales, deba mantenerse dentro de los hechos que fueron objeto del debate judicial.

Presunciones.— La sentencia considera acreditado tanto el hecho de la reparación del vehículo en los talleres de la sociedad recurrente, como su incendio el mismo día después de recorrer menos de cien kilómetros, presumiéndose que al realizar la reparación se incidiera en negligencia determinante de que parte de la gasolina se almacenara en algún sitio del motor y una chispa eléctrica provocase la inflamación de tal combustible, y la posterior destrucción del vehículo; presunción que viene avalada por un informe pericial extrajudicial y que confirma el técnico que informa en los autos; lo que equivale a decir que la conclusión fáctica que sienta la sentencia no se obtiene exclusivamente por el cauce de la presunción; en todo caso, es doctrina reiterada que la apreciación de la existencia de enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, es facultad del Tribunal de instancia que es obligado respetar en casación mientras se mantenga en la esfera de la lógica.

Los preceptos administrativos o reglamentarios no son aptos para fundar un recurso de casación por infracción de ley.— Es doctrina reiterada de este Tribunal que los preceptos de carácter administrativo o reglamentario no son hábiles para fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley.

Subrogación del asegurador. No puede ser invocada por el causante del daño.— El principio de relatividad del contrato impide al recurrente —dueño del taller condenado como causante de los daños— apoyarse en un negocio jurídico de seguros concertado por el propietario del vehículo siniestrado, en el que no es parte y que no puede favorecerle ni perjudicarle (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— En la doctrina jurisprudencial, el tema de la acumulación de responsabilidades, contractual y extracontractual, suele resolverse de manera empírica, dejando al perjudicado que escoja la acción que le sea más favorable; sabido es

que procesalmente utilizar una u otra vía acarrea importantes consecuencias en materia de carga de la prueba, plazo de prescripción. Lo que no parece correcto es impugnar la elección efectuada por el perjudicado sin denunciar los vicios o defectos en que se ha incurrido en el concreto camino procesal elegido. La desestimación del recurso es plenamente de aprobar. (G.G.C.)

64. Culpa extracontractual. Daños por incendio. Prueba de la culpa.— Para exigir responsabilidad con base en el artículo 1.902 del Código Civil no basta acreditar la existencia de un resultado dañoso, sino también la existencia de un comportamiento culposo o negligente, que debe evidenciarse sin duda alguna, y no por meros «pareceres», que son únicamente posibilidades, hipótesis, opiniones o criterios meramente subjetivos, que por su naturaleza no son suficientes para generar la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana.

Presunciones.— Es imprescindible que el hecho base esté claro y probado para que a partir de él pueda obtenerse el hecho consecuencia, situación que no se da en el presente caso, desde el momento en que se parte de un simple «parecer», que en cuanto gramaticalmente y de hecho es una apreciación de una situación de entre otras posibles, no puede servir para crear un aspecto de prueba plena reveladora del hecho a que afecta. (STS 9 julio 1985, ha lugar.)

NOTA.— Importante Sentencia en el sector de daños por incendio reveladora de esa ya perceptible «marcha regresiva» de la jurisprudencia en el ámbito de la culpa extracontractual. No hay responsabilidad objetiva, ni cuasi-objetiva, ni inversión de la carga de la prueba. En el penúltimo considerando se afirma tajantemente: «La existencia de un siniestro no quiere decir, por sí solo, que responde a un actuar de culpa o negligencia de la persona a quien se pretenda responsabilizar». (G.G.C.)

65. Culpa extracontractual. Gran invalidez causada en conductor de moto por colisión de caballerías conducidas por menores.— Se declara probado que el accidente no ha sido motivado por culpa del accidentado que conducía su moto, sino por la de los menores de 16 años que montaban caballerías, sin la vigilancia de mayores de 18 años, como exige el Código de la Circulación, sin portar luces señaladoras de situación una vez ya anochecido, y formando, por su invasión conjunta de derecha e izquierda, un frente difícil de pasar en inmediación a curva, poniéndose de manifiesto un actuar circulatorio que ponía en inminente peligro a los que lo efectuasen correctamente conduciendo vehículos, proviniendo de dirección contraria, que difícilmente podrían apercibirse y eludir el obstáculo que ese inopinado frente de caballería les presentaba.

Responsabilidad de los padres.— Habiendo existido un comportamiento culposo proyectable a los demandados por causa del comportamiento de sus respectivos hijos, con el resultado dañoso reconocido como producido al demandante, con nexo de causa a efecto, deviene indudable la correcta aplicación de la normativa responsabilizadora que emana del artículo 1.902 del Código Civil, según reconoce reiterada doctrina jurisprudencial.

Prueba de confesión.— La confesión judicial indecisoria, ni es superior a los demás medios de prueba, ni sirve para destruir las deducciones que el Juzgador de Instancia haya extraído del conjunto de elementos probatorios. (STS 10 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.—No parece inoportuno recordar el entronque del artículo 1.903 con su inmediato anterior, viendo en aquél una modalización de la culpa extracontractual que tiene lugar cuando se debe responder por los hechos dañosos de otras personas (menores, incapacitados, dependientes, funcionarios, etc.), sobre todo cuando no son infrecuentes las decisiones de la Sala 1.ª, que califican de cuasi-objetiva la responsabilidad de los padres (G.G.C.)

66. Daños ocasionados en accidente con vehículo de motor. Aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. Legitimación activa. Congruencia.— No hay aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil cuando se dan los requisitos de existencia de daño, conducta culposa y relación causal entre ambos. Esta Sentencia vuelve a reiterar la doctrina del Tribunal Supremo en este punto.

Reclamación por daños causados en la persona del cónyuge. Falta de legitimación activa.— Por lo que se refiere al artículo 533, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es doctrina del Tribunal Supremo que la falta de personalidad del demandante, ya derive de su plena incapacidad jurídica, ya se limite a la carencia de la necesaria para actuar con eficacia en el proceso por no acreditar la representación o el carácter que ostenta, y cualquiera que sea la forma en que se esgrime la excepción, constituye siempre un vicio «in procedendo», que al no ser traído a casación sino por quebrantamiento de forma, el hecho de serlo a través del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denunciándose infracción de los artículos 533 y 503 de la misma, es razón suficiente para la desestimación del motivo (Sentencia 17 mayo 1963).

Congruencia.— Para que proceda la estimación de la causa 4.ª del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es precio que los distintos pronunciamientos integrados en el fallo sea antagónicos y manifiestamente incompatibles, que racionalmente duas sobre su verdadero sentido en el período de ejecución (Sentencia 13 noviembre 1969). Es doctrina del Tribunal Supremo que «la adecuación entre lo pedido y lo concedido no requiere una identidad absoluta, siendo suficiente la existencia de una anexión íntima entre ambos términos, de tal modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte (Sentencia 23 noviembre 1964).

«De los términos en que aparece redactado el número 2.º del artículo 1.692, en relación con el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el vicio de incongruencia ha de surgir al comparar los pronunciamientos del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, o sea, que ha de atenderse al propio contenido de la materia objeto del pleito y no al elemento personal de la litis, cuya suficiencia o deficiencia ha de denunciarse más propiamente al amparo de otros motivos». (STS 38 mayo 1968, no

67. Culpa extracontractual. Actuaciones penales. Cómputo de la prescripción.— Un tractorista, realizando tareas agrícolas al servicio del arrendatario de una finca, causó daños en un oleoducto de CAMPSA, que reclamaba daños y perjuicios. La demanda fue desestimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

CAMPSA había iniciado actuaciones penales que concluyeron con un auto del Juzgado de Instrucción de 20 de abril de 1979, ordenando el archivo de las actuaciones. El auto

fue notificado el 25 de abril, y quedó firme el 29 de abril. CAMPSA no interpuso contra ese auto el preceptivo recurso de reforma, sino que interpuso directamente recurso de apelación, cuya admisión fue denegada, por lo que recurrió en queja, recurso asimismo desestimado el 25 de junio de 1979. La demanda de CAMPSA se presenta el 16 de junio de 1979 y CAMPSA pretende computar el plazo de un año desde la fecha de resolución del recurso de queja.

El Tribunal Supremo estimó que se había producido la prescripción extintiva de la acción por el paso de un año del artículo 1.968, 2.º, del Código Civil, puesto que si la Sentencia de 8 de marzo de 1985 establecía que «para estimar la interrupción prescriptiva de una acción determinada es absolutamente necesario que se haya ejercitado dicha acción y no otra que con ella tenga mayor o menor analogía», es claro que no puede interrumpir la prescripción el ejercicio de un recurso improcedente (como era el recurso de apelación), que por serlo no impidió la firmeza del auto que concluyó la actividad penal; que, en consecuencia, es determinante, precisamente desde esa firmeza, del cómputo inicial a que se contrae el artículo 1.969 del Código Civil, pues el entender lo contrario significaría tanto como dejar al arbitrio de la parte beneficiada por el instituto jurídico de la prescripción de las acciones el comienzo del plazo impeditivo de la prescripción con solamente plantear actividades procesales improcedentes. (STS 16 noviembre 1985) (A.M.S.)

68. Accidente de circulación. Culpa extracontractual. Artículo 1.903.— La responsabilidad por hecho ajeno, tipificada en el párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código Civil, se basa en una relación de dependencia o subordinación entre el causante material del daño y el empresario demandado, además de que el acto antijurídico y lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable, siempre con posibilidad de acción directa contra el titular de la empresa (Sentencias 18 junio 1979, 4 enero 1982, 27 febrero 1983 y 26 junio 1984, entre otras) y ya se funde en la intervención de culpa in eligendo o in vigilando, por infracción del deber de cuidado reprochable al segundo en la selección del dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada, bien se prescindiera de tales presunciones y se acuda a la responsabilidad por riesgo, siguiendo el criterio mayoritario (Sentencias 4 enero 1982 y 3 julio 1984), ciertamente será indispensable una actuación culposa del dependiente o empleado (Sentencia 9 julio 1984), como se desprende del fundamento mismo de tal responsabilidad y del párrafo 1.º del propio artículo 1.903.

Prueba del daño. Inversión de la carga de la prueba.— Presumida «iuris tantum» la producción del resultado dañoso, habrá de ser el demandado quien, por inversión de la carga de la prueba, tenga que demostrar cumplidamente que el sujeto activo obró con la diligencia y cautelas precisas para evitar el quebranto inferido, lo que entraña una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en la creación de peligro, según tiene declarado la doctrina legal (Sentencias 27 abril 1981, 24 abril y 6 mayo 1983, 11 abril 1984 y 13 y 30 junio 1985, entre otras).

Indemnización del «pretium doloris».— Por lo que concierne a la realidad de los perjuicios causados es irrefutable que la muerte de la viajera doña A. I. N., esposa del actor y madre de los tres hijos habidos del matrimonio, todos ellos menores de edad al tiempo del suceso, determina la procedencia de una pretensión indemnizatoria fundada en el dolor de la pérdida (pretium doloris) del ser querido, y en la lesión económica que su fallecimiento significa para quienes han sido declarados herederos universales de dicha causante.

El Tribunal Supremo concedió en este caso una indemnización por causa de muerte de 5.000.000 de pesetas, de las que 70.000 eran a cargo del Seguro Obligatorio (STS 7 noviembre 1985)

HECHOS.— El actor, en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, formula demanda reclamando una indemnización por la muerte de su esposa ocurrida en accidente de circulación. La demanda se formula solidariamente contra la compañía propietaria del vehículo causante del accidente y contra la aseguradora de éste.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda del actor, la Audiencia desestimó el recurso de apelación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A.M.S.)

69. Responsabilidad civil del médico.— Sin que, por otra parte, esta mera actuación exploratoria al tacto y presión seguida de momentánea expectativa, que el Jefe del Servicio de Traumatología también reputó correcta, al declarar en el sumario, aparezca probado que fuese técnicamente desaconsejable en el momento y situación en que se ordenó, como lo revela el aquietamiento de los profesionales presentes, ni mucho menos determinante del ulterior proceso fisiopatológico que acabó con la vida del lesionado, como, literamente, pone de manifiesto el informe de la Escuela de Medicina Legal, al decir que no hubiera podido ser evitado tal proceso con una intervención precoz, aseveración que forzó a la Sala de Instancia a sentar su conclusión, no controvertida en este trámite, de que falta en la imputación hecha al médico demandado la necesaria relación de causalidad entre su conducta y el desgraciado resultado letal producido. (STS 30 septiembre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

70. Responsabilidad Civil.— Que le asiste la razón a la entidad recurrente cuando proclama que es básico el principio culpabilístico que late en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil (Sentencias 6 mayo 1983 y 12 diciembre 1984); pero no es menos cierto el fundamento de la Sentencia de la Audiencia que recuerda la doctrina establecida por esta Sala a partir de su Sentencia de 10 de julio de 1943 y reiterada en otras muchas hasta las de 11 de abril de 1984 y 13 y 30 de mayo del corriente año 1985, según las cuales existe una presunción «*iuris tantum*» de culpa imputable al autor de los daños, siendo este autor quien, por inversión de la carga de la prueba, es el llamado a producirla si quiere exonerarse de responsabilidad; de suerte que, en el caso que la Sentencia impugnada contempla el conductor del turismo, era, y no el victimado ocupante del mismo, quien debió probar, y la Aseguradora del mismo en su común interés, que ciertamente el accidente fue originado por la rotura de los mecanismos de la dirección del turismo. Esta Sala aplica en tema de responsabilidad por hechos de la circulación el principio de la responsabilidad por el riesgo (Sentencias, entre las últimas, de 16 octubre 1981, 4 octubre 1982 y 6 mayo 1983), según el cual la que deriva para el poseedor de un vehículo de motor por los daños que el mismo cause, mientras es utilizado y máxime siendo su conductor, tiende a ser responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión, prescindiéndose de la culpa de las personas que lo manejan, por estimarse que el uso del automóvil, ya de por sí, implica un riesgo y que este riesgo es suficiente de suyo para acarrear y exigir aquella responsabilidad, a salvo el caso, como explica la ya citada Sentencia de 12 de diciembre de 1984, de que la propia víctima se interfiera en la cadena causal, ya que la respon-

sabilidad por riesgo, aún más avanzada que la presunción de culpa, tampoco puede ser erigida en fundamento único de la obligación de indemnizar. (STS 1 octubre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

4. DERECHOS REALES

71. Doble venta de inmuebles. Buena fe.— Es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del Juzgador de Instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico apreciado libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, y que su calificación es impugnabile al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; doctrina que no resulta, en realidad, contadictoria, sino que denota que, por un lado, se ha de partir de los hechos acreditados, y, por otro, que su apreciación integra una valoración jurídica en cuanto que la buena fe en sí no es un hecho, sino una de las llamadas en el proceso «máximas de experiencia», cuya apreciación compete a esta Sala de casación.

Conocimiento de la inexactitud del Registro por el segundo comprador.—No puede considerarse actuación de buena fe la del segundo comprador del piso, cuando, conociendo que dicho inmueble había sido vendido con anterioridad en documento privado, no obstante sin más indagación que la formalista de consultar los libros registrales, adquiere la misma cosa mediante escritura pública, a sabiendas de la inexactitud del Registro inmobiliario consultado, que hacía figurar como propietario a quien, en realidad, no lo era; como declaró ya la Sentencia de 30 de enero de 1960, el comprador no tuvo en la escritura en que fue parte un proceder recto, leal y sincero, al olvidar las normas éticas de todo contratante y suscribir una escritura de compraventa de una fica, que sabía no era del vendedor; por ello el comprador recurrido no puede ampararse en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no procedió de buena fe, entendida en el sentido de desconocer el adquirente la existencia de una posible inexactitud registral y extendida incluso a no omitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente. (STS 5 julio 1985, ha lugar.)

NOTA.— Esta Sentencia, de la que ha sido Ponente Santos Briz, sigue una dirección más ética en la caracterización de la buena fe registral. Frente a quienes opinan que la buena fe del *pater familias* se expresa hoy con el mero hecho de acudir al Registro, el Tribunal Supremo no se conforma con la mera indagación formalista de consultar los libros registrales, sino que, como dice LACRUZ (*Derecho Inmobiliario registral*, 1984, p. 185), al tercer hipotecario le es exigible un grado mínimo de diligencia en la formación de su buena fe, pareciendo que se le exige incluso la *culpa levis*, pues se le obliga «a no admitir circunstancia ni diligencia alguna para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente» (G.G.C.)

72. Accesión invertida. Doctrina General.— Sólo cabe hablar de accesión invertida, quebrando el tradicional principio *superficies solo cedit*, en los supuestos de construcción extralimitada, que como tal rebasa el fundo propio para invadir total o parcialmente el predio limitrofe, de suerte que lo edificado queda en parte en el terreno perteneciente al dueño de la obra y el resto en suelo ajeno.

Construcción en suelo ajeno. Derechos del propietario del suelo.— Si la edificación se levanta totalmente en finca no perteneciente al constructor, el conflicto ha de ser resuelto ateniéndose a los términos precisos de la regulación establecida en el artículo 361 del Código Civil, a cuyo tenor el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica para decidir mediante un acto de su voluntad la situación final del fundo, optando bien por aplicar el principio de accesión, haciendo suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización ordenada en los artículos 453 y 454 del Código Civil, o decidirse por la enajenación del suelo y su adquisición por el constructor.

Naturaleza de la venta del suelo al constructor.— La segunda hipótesis entraña una compraventa unilateralmente forzosa, en cuanto que voluntaria para el vendedor y necesaria para el comprador, de manera que en tal caso, como apunta la más autorizada doctrina científica, no se trata de modalidad alguna de accesión invertida, pues la incorporación del suelo al vuelo no se produce por la *vis* atractiva y automática de la cosa más importante y principal —lo edificado—, sino que la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente transmisión operada por el título que la venta comporta y el modo reflejado en la tradición.

Retracto de Comunereros. Finalidad.— Según declaró la Sentencia de 28 de diciembre de 1963, el retracto del artículo 1.522 del Código Civil, de antigua raigambre en nuestra legislación (Partidas 5.5.55 y Ley 75 de Toro), tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños; en otros términos, la función económico-social que cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aun eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva.

Procedencia del retracto cuando el suelo pertenece a una pluralidad de propietarios.— Cuando el propietario de diez doceavas partes del suelo, ejercitando la opción que le otorga el artículo 361 del Código Civil, enajena su parte al dueño de la construcción, existe un contrato de compraventa que permite el ejercicio de la acción de retracto por los propietarios de las dos doceavas partes del terreno con base en el artículo 1.522 del Código Civil, pues la esencia del retracto estriba en la adquisición onerosa realizada *ex lege* en favor del retrayente, tomando como modelo otra anterior. (STS 24 enero 1986, no ha lugar.)

NOTA.— Interesante declaración jurisprudencial acerca de constituir enajenación determinante del derecho de retracto legal de comunero la transmisión efectuada en virtud del ejercicio de opción que regula el artículo 361 del Código Civil. Parece que hubo cierto propósito enmascarador del supuesto de hecho originador del retracto, que se configura por los otorgantes como reconocimiento de haberse operado un derecho de accesión invertida. No se plantea en el pleito la validez del negocio de transmisión del suelo, dado que no concurren al mismo la totalidad de los partícipes (artículo 397). Tampoco se dice nada sobre la suerte de la accesión. ¿Cabe pensar que los retrayentes podrán ejercitar de nuevo el derecho de opción del artículo 361? La respuesta exige resolver previamente si el mismo supone un acto de administración o de disposición, solución esta última más convincente y que conduce a considerar nula la opción ejercitada por el titular de diez doceavas partes del suelo (G.G.C.)

73. **Edificación en suelo ajeno. Accesión invertida. Incongruencia.**— Según reiterada doctrina jurisprudencial, la respuesta directa y coherente, así como la exigencia de exhaus-

tividad impuestas por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significan una racional adecuación del fallo a las peticiones explícitas o implícitas de los litigantes y al supuesto fáctico en que se basan, pero no una literal concordancia entre ambos términos de la relación, lo que permite extender el fallo a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, así como a todos los puntos que lo completan, pues lo que importa es que los pronunciamientos tengan eficacia bastante para dejar resueltos en su plenitud los aspectos integrantes del debate; centrada la controversia sobre la reivindicación de una franja de terreno de 0,45 metros de fachada por 8 metros de profundidad, cuya superficie no alcanza los 4 metros cuadrados, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración de dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues, aunque no ha sido invocada *nominatim* por el edificante, la contienda versó sobre todos los requisitos (invasión parcial y de buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio *superficies solo cedit*, alcanzando una solución al conflicto (calificado de «carísima aventura procesal para tan mínimo objeto»), aunque se haya seguido el proceso más solemne, como acertadamente hace valer la Sala de Instancia), sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes.

Principio constitucional de tutela jurisdiccional de los derechos.— No se viola el artículo 24.1 del Código Estatuario, pues si bien las Sentencias del Tribunal constitucional de 5 de mayo de 1982 y 1 de febrero de 1985, han señalado que el cambio de *causa petendi* y, por tanto, el de la acción, incurriendo en desviación del asunto recurrido, puede entrañar vulneración del principio de contradicción y del fundamental derecho de defensa, al modificar el modo como se entabló el debate procesal, no dejan de recordar que el organismo jurisdiccional está autorizado para basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los utilizados por los contendientes, siempre que no se innove la acción ejercitada, y, según queda expuesto, la Sentencia recurrida no se apartó de la cuestión básica discutida, sino que, moviéndose en el ámbito característico de la reivindicación pretendida, descarta la demolición, aplicando la doctrina legal sobre la accesión inversa, todos cuyos elementos aprecia en el caso, no obstante haber omitido el demandado su cita.

Buena fe del constructor.— La buena fe y la mala fe del constructor ha de ser probada, debiendo añadirse que la ponderación del estado de conciencia del accedente es cuestión de hecho, cuya valoración corresponde a la Sala de Instancia; no hay constancia de que la carta de protesta del propietario del terreno haya llegado a poder del recurrido antes de levantar el edificio en la parte asentada en la franja invadida, aparte de que siempre sería posible apreciar buena fe en el edificante, y, por tanto, la creencia racional en el ejercicio de un derecho, ajeno, por tanto, a toda sospecha de dolo o culpa grave, aunque prosiguiera la obra después del requerimiento, siendo así que actuó en la razonable convicción de que la permuta reflejada en un documento privado, parcialmente firmado, y al que la parte actora califica de «proyecto de convenio», pasó a vías de ejecución aun sin la firma de algunos interesados.

Alcance de la indemnización al propietario del terreno.— En la accesión invertida se sustituye la recuperación del terreno conflictivo por el pago del precio, bien entendido que la indemnización que deberá percibir el propietario comprende no sólo el estricto valor de la franja ocupada, sino también todo el quebranto o menoscabo patrimonial que repercute sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, ya que es una consecuencia necesaria del principio de equidad (STS 12 noviembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Un ejemplo claro de la *jurisdicción de equidad* que ejerce la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, aunque en el caso haya tenido que sortear algunos escollos procesales, tales como el vicio de incongruencia, cuya invocación se refuerza con la oportuna cita de reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 24.1 del Código Estatuario. Es plenamente de aprobar la argumentación de esta Sentencia (Pte. De Castro García), que oportunamente resalta la «mínima cuantía» del pleito, aunque, por otro lado, no deje de subrayarse el cuantioso daño que se produciría al constructor de aplicarse el principio normal de la accesión inmobiliaria. (G.G.C.)

74. Accesión invertida.— La figura de la accesión invertida creada para el supuesto de construcciones extralimitadas, carente de regulación específica en nuestro Derecho positivo y pensada justamente para eludir las consecuencias de la rígida aplicación del régimen de las construcciones en suelo ajeno, con materiales propios y de buena fe, eliminándose merced a tal doctrina efectos exorbitantes, corrigiendo el artículo 361 del Código Civil en el único sentido de privar al dueño del terreno invadido de buena fe del derecho a hacer suya la obra, atribuyendo para ello a quien ejecutó la inmisión de buena fe el derecho de hacer suyo el terreno ocupado en propiedad ajena previa la correspondiente indemnización, que es lo que en sustancia ha pronunciado la Sentencia impugnada.

Congruencia.— Es ciertamente doctrina de esta Sala que la exigencia de congruencia no supone una literal y rígida conformidad a las peticiones de las partes, sino racional y flexible y existente por ello siempre que se guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis. (STS 28 mayo 1985, ha lugar.)

HECHOS.— Al efectuarse la construcción de un edificio se invadió suelo ajeno, planteándose el problema de la acción invertida. No se probó que el constructor actuara de mala fe, sin que prospere la acción dirigida al derribo de la obra que invade el linde del actor. (A.C.S.)

75. Deslinde. Insuficiencia de títulos. Utilización de otros medios de prueba.— Si bien es cierto que la preceptiva contenida en los artículos 385 a 387 del Código Civil impone para fijar las bases para llevar a efecto el deslinde entre propiedades que confinan entre sí, se atiende a los diversos elementos de prueba por el orden marcado en los mismos, no lo es menos que cuando resulte la insuficiencia de los títulos para determinar el límite o área de la propiedad, y la cuestión no pueda resolverse tampoco por la posesión, sea lícito acudir a la apreciación conjunta de todos los medios de prueba, entre ellos los datos que suministra el Catastro de Rústica, que no sólo no son cuestionados por los litigantes, sino que les sirven de apoyo en su argumentación. (STS 8 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— El Tribunal Supremo para desestimar el recurso utiliza un argumento en cierto modo *ad hominem*, pues de aceptar la tesis de los recurrentes, de que se haga el deslinde conforme a la cabida que figura en sus títulos, y no con base en los datos del Catastro, como hace la Sentencia recurrida, resultaría que se le reconoce una finca de extensión siete veces inferior, cosa que no pretende la parte actora y vencedora en el pleito. Sobre el tema, en general, últimamente, ROCA JUAN, *Comentarios Albaladejo*, tomo V, 1.º, Madrid, 1980, pp. 365 y siguientes. (G.G.C.)

76. Acción reivindicatoria. Legitimación del heredero en beneficio de la comunidad.—Si bien es cierta la falta de titularidad del heredero para reivindicar, sin atribución concreta de cuota en partición hereditaria, pues los derechos de los coherederos se encuentran indeterminados y hasta la adjudicación no hay derecho definitivo, también lo es que los herederos, o cualquiera de ellos en beneficio de la herencia yacente y comunidad hereditaria, pueden ejercitar las acciones en defensa de los derechos de la masa hereditaria.

Poseción en concepto de dueño. Prueba.— La Sentencia recurrida, a través de varios documentos oficiales y públicas, otorga a los demandados parientes (tío y primos de las actoras) la condición de poseedores de la finca a título de dueños, fundando tal atribución en que dichos documentos (recibos de contribución territorial, contribuciones especiales y documentos catastrales) figuran a nombre de los mismos, con importe por ellos satisfechos, así como en la inactividad de la madre causante y luego de sus hijas; tal conclusión probatoria puede calificarse de excesiva, pues choca con otros hechos y circunstancias que la propia Sentencia constaba, tal la titularidad de la madre causante, y las cartas cruzadas entre la madre e hijas con su tío, en las que éste ofrece comprar el terreno discutido, datos que, sumados a la ausencia de las actoras durante larguísimo años, tiñen de dudósimo valor a los documentos oficiales y tributarios, por otro lado equívocos, por no precisar que única y exclusivamente se refieren a la finca del pleito, y es esta equivocidad o incorrecta referencia la que debió impedir a la Sala de Instancia atribuir a los poseedores la titulación o condición de dueños, ya que, por otra parte, la eficacia de tales documentos alcanza al hecho que constata (pago de impuestos, relaciones catastrales, etc.), pero no puede hacerlo extendiendo dicha eficacia a la prueba de calidades o apreciaciones jurídicas, siempre sometidas al contraste con otras pruebas.

Presunciones.— No puede calificarse de conclusión natural la de inferir de la inactividad de las actoras, desde su lejanía en Cuba, a donde se trasladaron en 1913, respecto de la finca reivindicativa, en aquellos años de escaso valor, pero hoy enormemente revalorizada por el turismo en la playa de Benidorm, quizás confiadas aquellas en que sus parientes respetarían su dominio y titularidad, contrariamente a lo que hicieron, es decir, pagar impuestos, afirmar en acta notarial que la finca procedía del cuñado de la causante de las actoras, venderse la finca entre los demandados, inscribir al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y, más tarde, enajenarla a tercero.

Usucapión extraordinaria.— No es posible si no existe posesión a título de dueño, según reiterada jurisprudencia (Sentencias de 10 noviembre 1955, 4 abril 1960, 23 junio 1965 y 30 marzo 1974).

Tercero hipotecario. Buena fe del subadquirente. Mantenimiento en su titularidad. Derecho al resarcimiento del «verus dominus».— Indiscutidos los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, incidiéndose en el motivo del recurso únicamente en la buena fe del subadquirente, es preciso partir de la presunción legal de buena fe, no habiéndose acreditado la situación contraria de mala fe, que enervaría la aplicación del beneficio registral establecido en pro de la seguridad del tráfico inmobiliario, es decir, no existe la prueba de que dicho tercero supiera o tuviera conocimiento extrarregistral de la anómala titularidad de los vendedores, conocimiento que ha de acreditarse de modo seguro e inequívoco, lo cual se contradice con el hecho de que el tercero demandado se abstuvo de comprar la parcela hasta tanto no se inscribiera el derecho de los vendedores; por todo ello, como se dijo en Sentencia de 10 de febrero de 1983, y en las que ésta recoge, en tanto en cuanto no se acredite la mala fe ha de ser protegido el tercero que adquiere según el Registro, quedando a cubierto de todo ataque que contradiga la adquisición de su derecho inscrito, aun-

que se declare nulo el acto por el que adquirió de quien figuraba como titular registral, a salvo los derechos de naturaleza personal del *versus dominus* para su resarcimiento. (STS 16 septiembre 1985, ha lugar.)

NOTA.— El supuesto de esta Sentencia es uno de los ejemplos típicos con que en las aulas suele ilustrarse la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Los propietarios residen en Cuba desde principios de siglo y encargan a unos parientes la administración de unas tierras, inicialmente de escaso valor, pero intensamente revalorizadas a consencuencias del *boom* turístico de la Costa del Sol. Cuando las propietarias regresan a España, las encuentran enajenadas a tercero protegido por la fe pública registral. El recurso se estima en parte, porque la Audiencia Territorial había admitido la prescripción extraordinaria en favor de los parientes-administradores-enajenantes. Pero el Tribunal Supremo, en ajustada Sentencia (Pte. De la Vega Benayas), y tras un minucioso análisis de la prueba, declara no haber posesión en concepto de dueño y, por tanto, tampoco usucapión extraordinaria. Solución justa. (G.G.C.)

77. Tercería de dominio. Naturaleza.— Sin desconocer las indudables analogías entre la acción que se ejercita con la tercería de dominio y la propiamente reivindicatoria, es evidente realidad, como ya proclamaron las Sentencias de 13 de diciembre de 1982, 29 de octubre de 1984 y 15 de febrero de 1985, por citar las más recientes, la primordial finalidad de la pretensión actuada en la tercería de dominio es el levantamiento de la traba de embargo afectante al bien que sea su objeto, por lo que conviene más a la naturaleza de la acción del tercerista la titularidad domincial del bien embargado y consiguiente levantamiento de una traba que recayó sobre bienes que no eran de la propiedad del deudor ejecutado en el procedimiento principal de que la tercería dimana.

Requisitos.— Son requisitos indeludibles para que la postulación del tercerista pueda prosperar la prueba de su dominio y que su adquisición fue anterior a la fecha en que fue practicado para garantizar el cobro de un crédito por el ejecutante, no siendo óbice la circunstancia de la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, la cual no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación, ni el favorecido con ésta goza de los beneficios de la fe pública registral, porque aquellos actos anteriores no están inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento.

Inaplicabilidad del artículo 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria.— No se ejercita acción contradictoria, a efectos del artículo 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria, cuando el dominio cuya declaración postula el tercerista lo es con fundamento en que le fue transmitido por su titular registral, de tal forma que el acceso al Registro de la Propiedad del título del tercerista ha de ser precisamente con base en la subsistencia de la inscripción de dominio del ejecutado que se lo transmitió, por lo que, lejos de contradecirse la inscripción vigente, ello significa la observancia del principio del tracto sucesivo. (STS 26 septiembre 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

78. Propiedad Horizontal. Impugnación de acuerdos. Legitimación del Presidente.— No puede impugnarse la legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios para el otorgamiento del poder para pleitos, alegando no haber justificado su cualidad de

copropietario cuando la condición de tal le había sido reconocida reiteradamente por los recurrentes, desde el acto constitutivo de la comunidad, pasando por la celebración de sucesivas Juntas, hasta llegar a la celebración del acto de conciliación que precedió a la interposición del litigio.

Actuación en defensa de elementos comunes. Formación de la mayoría.— Se considera más racional la interpretación de que para formar la mayoría no se compute el voto correspondiente a los copropietarios contra los que la pretensión ha de ejercitarse, ya que la tesis contraria conduciría al absurdo de dejar totalmente indefensos a los copropietarios frente a la actuación de otros mayoritarios en relación a elementos comunes, y de aquí que reiterada jurisprudencia haya sancionado la legitimación de cualquier condómino para actuar en defensa de los intereses de la Comunidad en relación a aquéllos.

Falta de notificación del acuerdo.— No existe el defecto de falta de notificación del acuerdo cuando uno de los condóminos consta que asistió a la Junta, aunque se negara a firmar el acta, y el otro se negó a suscribir el acta a diferencia de lo que hicieron otros copropietarios no asistentes, lo que demuestra que tuvo conocimiento de lo actuado y acordado en la Junta, aparte de que posteriormente asistió al acto de conciliación en el que se ejercitaron frente a él por la Comunidad las pretensiones que después se articularon en el suplico de la demanda.

Valoración de la prueba pericial.— No puede estimarse infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la Sentencia se apoya en un dictamen pericial, pues, aunque este precepto no constriñe a los Jueces y Tribunales a aceptar el dictamen de los peritos, no es menos cierto que la prueba más autorizada para acreditar hechos cual los que sirven de fundamento a la demanda es precisamente la pericial, y su valor apreciado por los órganos jurisdiccionales para sentar sus conclusiones, conforme a las reglas de la sana crítica, no puede determinar la infracción de aquel precepto. (STS 25 mayo 1985, no ha lugar.)

79. Propiedad Horizontal. Disposición de elemento común.— El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra un laudo de Derecho. Dicho laudo resolvía una controversia en la que una Junta de propietarios había transformado un elemento común en elemento privativo, atribuyendo el uso y disfrute de dicho elemento a uno solo de los propietarios del inmueble. El Tribunal Supremo afirma que tal actuación implica un acto de disposición de un elemento común en favor de tercero, con la consiguiente eliminación del derecho de copropiedad en cuanto a ese elemento común sin que conste que todos los copropietarios hayan sido citados ni tan siquiera que les hayan sido notificados dichos acuerdos fehacientemente después de adoptados. (STS 17 septiembre 1985) (A.M.S.)

80. Propiedad Horizontal. Obras en elementos comunes. Consentimiento de los condueños.— La constitución de la servidumbre de salida de humos exigiría obras que habrían de discurrir por toda la altura del edificio y aun rebasarla, por lo cual son obras que afectan a los elementos comunes, cuya realización exige, según reiterada jurisprudencia, el consentimiento unánime de los condueños, como acto de disposición (artículos 11 y 16 de la L.P.H.)

La obra que se pretende para una actividad molesta, altera evidentemente el título constitutivo de la comunidad, que quedaría gravada con una servidumbre no necesaria para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, sino para el uso específico de un local, lo cual no puede realizarse sin el consentimiento unánime de los comuneros. (STS 11 noviembre 1986, no ha lugar el recurso.)

NOTA.— La Sentencia reafirma la doctrina constante del Tribunal Supremo, en el sentido de exigir con rigor la unanimidad de los copropietarios para acordar cualquier alteración de los elementos comunes —alteración que incide en el propio título constitutivo de la comunidad: párrafo 1.º del artículo 5 de la L.P.H.— y aún con mayor razón cuando, como ocurre en el presente caso, trae consigo el establecimiento de un gravamen general sobre la finca. La resolución podría haberse apoyado también en el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, que plasma una idea fundamental en el régimen de propiedad horizontal: la prohibición de realizar alteraciones en los elementos comunes sin el consentimiento de los demás, independientemente de que tales obras afecten o no a la seguridad del edificio y de que perjudiquen o no a los otros copropietarios. (Vid. al respecto, además de las Sentencias 31 enero, 4 marzo, 26 marzo y 29 abril 1985, y 3 marzo y 12 febrero 1986, *cits.* por la Sentencia reseñada, las de 2 junio 1970, 7 febrero 1976, 24 octubre 1978, 3 febrero 1983, 16 diciembre 1985, 13 febrero 1986 y 30 junio 1986) (E.G.C.)

81. Propiedad Horizontal. Elementos comunes. Construcción de marquesina contra acuerdo de junta de propietarios.— La construcción de la marquesina no implica una mera modificación de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de un determinado piso, sino que, aunque no se ha probado que menoscabe la seguridad del edificio, sí que afecta a su estructura general y a su configuración o estado exteriores, ya que se fija sobre la fachada, situando en ella un voladizo de 11 metros de largo por 2,50 de ancho, perjudicando su construcción los derechos de otros propietarios, por lo que no es suficiente para su erección la simple dación de cuenta previamente a quien representa a la comunidad (artículo 7.º de la Ley especial), sino que, conforme al artículo 11, afecta a título constitutivo, lo que requiere la unanimidad de la Junta de Propietarios para la validez de los acuerdos, requisito que aquí no se ha cumplido y que hace adolecer de ilegalidad a la alteración de la estructura del inmueble efectuada en su fachada por el recurrente.

Legitimación del Presidente de la Comunidad.— La jurisprudencia ha declarado que cuando el Presidente emite su voluntad no lo hace en nombre propio como representante del ente comunitario, sino que se limita a sustituir la verdadera voluntad de éste, que en el caso debatido se había manifestado en Junta General en contra de la autorización solicitada por el recurrente, lo que refuerza la legitimación del Presidente para representar en juicio a la comunidad, como órgano principal que es de la misma.

Actos propios.— Va contra sus propios actos anteriores, productores de efectos jurídicos, el recurrente que impugna en el juicio la personalidad del Presidente de la comunidad que anteriormente había reconocido en otro juicio y fuera de él. (STS 29 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

82. Servidumbre personal. Legitimación registral.— El principio de legitimación registral, que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, aunque no formulado con rigor

técnico, fue instaurado decididamente por la reforma introducida en dicha Ley en 1909, al proclamar su artículo 41 no sólo la presunción de posesión en favor del titular inscrito, sino también que gozaría de todos los derechos consignados en el Libro II del Código Civil a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y sería mantenido en ellos por los tribunales con arreglo a los términos de la inscripción. (STS 26 octubre 1985)

HECHOS.— Los Ayuntamientos de Caspe y Chiprana formularon demanda contra los herederos de don Luis E. de R., Conde de Sástago, en ejercicio de una acción confesoria de servidumbre de pastos y leña.

Los Ayuntamientos solicitaban que se declarara que sobre ciertas fincas de los demandados existía una servidumbre personal a favor de los vecinos de esos Ayuntamientos consistente en que los mismos puedan apacentar sus ganados mayores y menores de día y de noche, sin que paguen ningún herbaje ni derecho de narneraje ni cantidad alguna, y otra servidumbre personal a favor de los mismos vecinos consistente en que corten leñas y madera para sus casas u otros usos que los necesiten, pero no para vender fuera de los lugares de Caspe y Chiprana. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a la servidumbre de leña, desestimándola en cuanto al resto. La Audiencia revocó la Sentencia, desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (A.M.S.)

83. Acción negatoria de servidumbre. Inexistencia de predio sirviente.— Teniendo las dos fincas acceso a la misma servidumbre de paso, sin que ninguna de ellas aparezca como predio sirviente de la otra, ha de presumirse racionalmente que aquélla discurre sobre ambas heredades.

Serventía.— La «serventía», justo en el uso del lugar, como institución vigente en las Islas Canarias y en otras regiones españolas, de donde pasó a algún país hispanoamericano (Cuba, Méjico), precisada con acierto por la Sentencia recurrida, completando con su calificación lo que en sus caracteres exactos, pero sin catalogación que hace pensar en su atipicidad, indicó ya el Juzgador de primer grado, se define en el Diccionario de la Real Academia como «camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos» distinta, pues, de la servidumbre propiamente dicha, dotada de un valor jurídico de que carece la «serventía», que sólo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de predio dominante y sirviente, consustanciales de la servidumbre, por lo que no pueden confundirse, ni mucho menos, presentarse como aspectos de la misma cosa; constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos del paso, no pudiendo hablarse de propiedad de la misma, ni sea concedible el derecho individual a pedir su extinción, reducido sólo a la posibilidad de renunciar al derecho a su utilización, justo en la forma como desde tiempo inmemorial aparece en el supuesto que fue objeto de examen. (STS 10 julio 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— La Sentencia del Juez de Primera Instancia, confirmada en todos sus extremos por la Audiencia, desestimó la demanda en la que se ejercitaba la acción negatoria de servidumbre. Se declara probado que dos fincas de la actora, unidas norte a sur, con unidad de cultivo y aprovechamiento, lindan al norte con una carretera y al Poniente con una «servidumbre», mientras que la propiedad del demandado, situada frente a la de la demandante, tiene su lindero norte con la citada carretera y al Naciente con dicha servidumbre litigiosa. Las dos fincas tienen acce-

so a la misma «servidumbre» de paso, sin que ninguna de ellas aparezca como predio sirviente de la otra.

NOTA.— Se sirve la Sentencia de la definición que de la «serventía» ofrece el Diccionario de la Real Academia, incluso cuando se refiere a ella como institución vigente en las Islas Canarias (lugar donde se plantea el pleito en Primera Instancia y en apelación), Cuba y Méjico. El Diccionario menciona, además, Asturias. La serventía se define en la Enciclopedia Jurídica Española (Seix Editor, Barcelona, s.f., p. 560) como «camino público que una finca está obligada a dejar a través de ella». Y en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de G. Cabanellas (12.^a Ed., revisada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Argentina, 1979, tomo VI, p. 130) como «Derecho de paso, en denominación cubana, para tener acceso, a través de propiedades particulares, a vías o caminos públicos. Se aduce que el vocablo puede haber sido importado a las Antillas por emigrantes españoles; porque aparece, con referencia a fincas de Galicia, en una Sentencia del Tribunal Supremo especial de 1876». (E.B.)

84. Medianería en Cataluña. Elemento divisorio en terreno privativo.— La presunción legal de existencia de medianería en las instalaciones divisorias de los predios, conforme a lo previsto en el artículo 572 del Código Civil, compatible con la regulación sobre tal figura contenida en los artículos 285 a 290 de la Compilación de Cataluña, deja de operar cuando se entienda que el elemento de separación pertenece en dominio privativo a uno de los titulares de las fincas colindantes, por haber sido levantado íntegramente dentro del terreno, con lo cual será de toda evidencia que la línea de su fundo alcanza el paramento exterior de la pared o muro con exclusión de toda idea de la comunidad de utilización en que se traduce esta institución según la jurisprudencia más fundada (Sentencias 15 junio 1961, 2 febrero 1962 y 5 junio 1982).

Presunción de existencia de medianería.— la determinación del nexo entre el hecho básico y el deducido constituye un juicio de valor reservado a los organismos jurisdiccionales de instancia, que habrá de ser respetado en tanto no se demuestre su irracionalidad por haber llegado a conclusiones en pugna con el recto criterio; en modo alguno ha de tenerse por ilógico entender que las circunstancias analizadas (construcción del muro para singularizar la finca por el lindero en conflicto, eliminación del pasadizo como en las restantes parcelas, falta de toda declaración sobre la cotitularidad por parte de la enajenante común al transmitir la parcela) permiten afirmar la condición exclusiva de la pared objeto de controversia.

Constitución de servidumbre por signo aparente.— La constitución tácita de la servidumbre por la vía de la destinación requiere, como supuesto de hecho, una relación de servicio entre dos predios que pudiera configurarse como tal derecho real si ambos pertenecieran a distintos propietarios, estado de cosas que no concurre en el caso debatido, ya que propiamente no se está ante la existencia de ningún signo externo revelador de un posible gravamen fundiario, sino de un muro de cierre y divisorio, cuyas notas específicas han de ser precisadas, partiendo de la presunción en pro de la medianería del artículo 572 del Código Civil, que en este caso no será obstáculo para atribuirle la índole de elemento de dominio exclusivo en virtud de los medios probatorios analizados.

Relaciones de vecindad. Daños por filtraciones. Principio culpabilístico.— Es básico en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad por culpa, y aun con las ate-

nuaciones que la doctrina legal ha ido introduciendo en su aplicación, resulta imprescindible el reproche culpabilístico del suceso al eventual responsable, sin que basten meras hipótesis o posibilidades, insuficientes de suyo para basar la responsabilidad por culpa aquiliana; aun sin desconocer la posibilidad de aplicar la culpa extracontractual a la esfera de las relaciones de vecindad, que de ordinario se encauzarán, atendiéndose a preceptos más concretos (así el artículo 586 del Código Civil: ver Sentencia de 16 mayo 1985) la resolución recurrida se limita a citar una vaga «interpretación armónica de los artículos 1.903 a 1.910», sin distinguir entre las diversas situaciones fácticas que la invocación abarca, lo que la hace ineficaz, y tampoco cabe suplir la inconcreción con la referencia a un informe pericial que formula una suposición en términos harto dubitativos, y exige al propietario vecino una diligencia no requerida legalmente, todo lo cual revela la falta de datos para imponer el resarcimiento. (STS 21 noviembre 1985, ha lugar.)

NOTA.— La demanda solicitaba la declaración de ser medianera una pared divisoria en la que la demanda había realizado determinadas obras; ésta formula reconvencción, reclamando los daños causados por humedades en el sótano de su finca. En Primera Instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción, pero en apelación se desestima aquélla y se estima la reconvencción; el recurso se estima parcialmente, confirmando la desestimación de la demanda y rechazando la indemnización de daños y perjuicios solicitada. Cabe destacar la nueva reafirmación del principio culpabilístico, y la aplicación del 1.902 a las relaciones de vecindad, si bien con cierto matiz excepcional o residual que se compagina mal con la deficiente regulación legal del tema. Lo primero parece confirmar la hipótesis de que el Tribunal Supremo se reserva la facultad de determinar en qué sectores de la realidad económica rigen las atenuaciones al principio general, uno de los cuales no es, a la vista de esta Sentencia, el de las relaciones de vecindad. (G.G.C.)

5. DERECHO DE FAMILIA

85. Separación matrimonial. Derecho transitorio. Culpabilidad de la esposa. Atribución de la custodia de los hijos al marido.— Siendo firme la sentencia de separación por abandono de la esposa, la aplicabilidad del derogado artículo 73 del Código civil era inquestionable, de aquí que procediera correctamente la Sala «a quo» al atribuir la custodia de los hijos habidos del matrimonio al esposo, vista la declaración de culpabilidad de la aquí recurrente, tal como previene el párrafo 1.º del número 1.º del citado artículo 73, que tiene carácter imperativo, quedando relegada la discrecionalidad al caso de culpabilidad atribuida a ambos cónyuges. (STS 30 abril 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

86. Separación matrimonial por culpa de la esposa. Legislación derogada. Disposición transitoria 2.ª de la Ley de 7 de julio de 1981.— Iniciado el juicio el 17 de febrero de 1981, es claro que hubo de ser juzgado con sujeción a la normativa de 1958 en combinación con la Constitución de 1978, ya entonces vigente, no invocada ésta en momento procesal alguno, y que, ni derogó los preceptos aplicados en la instancia, ni suministra fundamento directo y propio a las pretensiones de la recurrente; no siendo lícito en el presente momento procesal arreglarse a las particularidades de la normativa sobrevenida durante

el curso del juicio en que ya había recaído sentencia, interpretando equívocamente la disposición transitoria 2.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, que propiamente está llamada a operar dentro de aquellos juicios que se susciten con posterioridad, fundando las pretensiones deducidas al amparo de la normativa novísima en hechos y situaciones de cualquier data, consitiendo su efecto retroactivo en posibilitar las causas de separación *ex novo* con la base de hechos anteriores a la existencia legal de aquélla, pero sin que encierre la eficacia, también retroactiva, de alterar los términos en que quedaron trabados y fueron resueltos los juicios iniciados con anterioridad a su vigencia, para los cuales la nueva Ley es cuestión nueva, cuyo conocimiento aparejaría indefensión. (STS 17 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

87. Exequator de Sentencia de divorcio pronunciada en Francia. Matrimonio celebrado en Francia entre español y francesa.— De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede acceder al *exequator* interesado, por cuanto concurren todos los requisitos necesarios para ello, conforme al Convenio de 1969, como es la competencia del Tribunal de origen, la firmeza de la sentencia, que, por otra parte, no es contraria al orden público, toda vez que, versando sobre el divorcio de matrimonio de ciudadano español con ciudadana francesa, celebrado en Francia, es lícita, con arreglo al ordenamiento jurídico español a partir de la Ley de 7 de julio de 1981, que reformó el sistema matrimonial, autorizando expresamente el reconocimiento de las Sentencias pronunciadas por los Tribunales extranjeros (Auto 27 mayo 1985).

NOTA.— Más escueto es el Auto de 24 de mayo de 1985, que otorga el *exequator* a una Sentencia de divorcio pronunciada en Francia respecto del matrimonio celebrado entre dos súbditos españoles, sin que conste el lugar, aludiéndose únicamente al cumplimiento de los requisitos del Convenio de 1969. (G.G.C.)

88. Exequator de Sentencia de divorcio pronunciado en Inglaterra. Matrimonio entre españoles celebrado en España. Concurrencia de una causa de divorcio contenida en la Legislación Española.— La solicitud de ejecución en España de la Sentencia de divorcio pronunciada por el Tribunal inglés, a instancia de la esposa, siendo parte el esposo aquí petitionerio, debe ser estimada, dado que concurren todos los requisitos exigidos en nuestra legislación para el *exequator*, especialmente las formalidades prevenidas en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existiendo razones de orden público que se opongan a su efectividad y, concurriendo todos los requisitos de fondo exigidos por nuestra legislación, entre ellos la falta de convivencia por un período superior a cinco años, anterior a la petición de divorcio (Auto 27 mayo 1985).

NOTA.— No se adoptan precauciones en el Auto que otorga el *exequator* encaminadas a evitar un posible fraude de Ley, dado que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española y el matrimonio fue celebrado en España; en particular, nada se indica sobre el domicilio actual. Acaso por ello se aduce que la causa invocada por el Tribunal inglés coincide con la causa 4.ª del artículo 86 del Código Civil.

89. Exequator de Sentencia de divorcio dictada en Alemania. Matrimonio celebrado en Alemania entre español y alemana.— Tratándose de Sentencia firme dictada por el Tribunal de Segunda Instancia de Detmold (Alemania), decretando el divorcio con relación al matrimonio contraído en Alemania entre súbdito español y alemana de origen, y proce-

diendo dicha sentencia de país que no consta deje de dar cumplimiento a las ejecutorias dictadas por los Tribunales españoles, unido a que tal resolución afecta al ejercicio de una acción personal, que no ha sido dictada en rebeldía, sobre cuestión actualmente lícita en España, reuniendo la ejecutoria los requisitos necesarios en la nación en que se ha dictado y los que las Leyes españolas requieren para que hagan fe en España, se está en el caso de otorgar su cumplimiento con los pronunciamientos establecidos en el artículo 959 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Auto 22 mayo 1985).

NOTA.— Adviértase que el matrimonio disuelto era civil y celebrado según la *lex loci* en Alemania en 1961, sin que conste si se habían cumplido los requisitos que entonces exigía la Ley española. La Sentencia de divorcio es anterior a la entrada en vigor de la Ley de 1981, por lo que se está en un caso de aplicación retroactiva de la normativa divorcista, según previene el artículo 85 del Código Civil.

90. Convenio transaccional. Inexistencia de capitulaciones matrimoniales.— Acordada su separación y extinguida la sociedad de gananciales, la naturaleza de las cosas induce a interpretar que tal convenio no implica unas capitulaciones, sino una verdadera transacción de las diferencias existentes acerca de la liquidación patrimonial del matrimonio. En definitiva, la tan citada estipulación sobre los bienes no es más que reflejo de los pactos que suelen convenirse cuando los cónyuges acuerdan el cese de su vida en común, acomodando su situación patrimonial a la personal resultante de la separación y concertando pactos que impidan a los esposos tener participación en las ganancias o beneficios del otro, supuesto normal fáctico que no es el de las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio y vida común.

Transacción sobre las consecuencias de naturaleza patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales.— No está prohibida por el artículo 1.809 del Código Civil, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público.

Forma.— El documento en cuestión no contiene unas capitulaciones matrimoniales, por lo que no es requisito «ad substantiam» el otorgamiento de escritura pública para su validez. (STS 4 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— El recurso de casación se interpone contra la Sentencia de la Audiencia Territorial, que desestimó el recurso de apelación contra otra del Juzgado, por la que se declaró no haber lugar a la demanda de la mujer contra su marido separado, en cuyo escrito inicial solicitaba que se declarase que el convenio sobre bienes celebrado por ellos era ineficaz, y que la esposa separada, ahora recurrente, tiene derecho a que se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

91. Participación hereditaria. Rescisión por lesión.— La existencia de lesión es cuestión de hecho, privativa del Tribunal «a quo», y depende de su arbitrio mientras no se destruya con otras pruebas igualmente eficaces.

Avalúo realizado por contador dirimente en juicio de abintestato.— La cuestión planteada se reduce a la valoración de los distintos bienes que integran el caudal relicto, y la

Sentencia recurrida, después de señalar lo poco elevado del mismo, constituido en su mayor parte por inmuebles urbanos, y de indicar que la valoración de éstos no puede hacerse sino de modo relativo, a tenor de sus circunstancias y del destino posible de los mismos, de las tres valoraciones que obran en el juicio, se atiende a la practicada en el cuaderno particional elaborado en anterior juicio universal de abintestato, que mereció el asentimiento unánime de todos los herederos que concurrieron al acto de la protocolización, por estimar dicha valoración la más correcta y adecuada.

Error de hecho. Dictamen pericial.— La eficacia probatoria del documento que parece invocarse para acreditar el error carece, por su naturaleza, de ese influjo determinante y decisivo, porque el Juzgador no está obligado a seguir el dictamen pericial, que se rechaza expresamente por escasamente fundado, y porque se atuvo a otras probanzas para negar la existencia de lesión (STS 11 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

92. Impugnación de acuerdos sociales.— Lo que equivale a decir, en definitiva, que el repetido derecho de información se circunscribe por una parte a pedir informes o aclaraciones por escrito antes de la Junta, o verbalmente durante su celebración, sobre extremos del orden del día, sin que comprenda la exhibición de la documentación relativa a la convocatoria y, por otra, a examinar el balance, la cuenta de resultados y los demás documentos referidos en el artículo 108, pero sin comprender tal examen la contabilidad y demás antecedentes que les sirvieran de base, debiendo añadirse a lo expuesto que, según tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 23 de junio de 1973, salvo prueba en contrario, se entiende que los consejeros de la sociedad anónima están en cabal conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la misma y, por tanto, no puede alegar violación del derecho de información reconocido en el artículo 65. (STS 7 octubre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

93. Impugnación de acuerdos sociales. Prueba. Límites.— La Audiencia Territorial de Barcelona dictó Sentencia desestimando la demanda de impugnación de acuerdos sociales. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo desestimó el mismo.

Prueba.— El primer motivo de casación denunciaba la infracción del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber denegado la Audiencia en su sentencia la solicitud de práctica para mejor proveer de una prueba pericial caligráfica, cuando a juicio del recurrente dicha resolución debía haber adoptado la forma de Auto.

A esto señala el Tribunal Supremo que si ciertamente el expresado artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la denegación de cualquier diligencia de prueba debe decretarse por medio del Auto, es igualmente exacto que esa formalidad resolutive ha de entenderse aplicable exclusivamente al medio de prueba que sea propuesto en la fase de proposición de prueba del proceso de que se trata y, por tanto, no lo es en lo que se refiere a prueba instada por una parte para mejor proveer, ya que prueba de tal modalidad, como se deduce del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene atribuida en su efectividad a la privativa facultad del correspondiente órgano jurisdiccional que conozca de las actuaciones, de tal manera que si no acuerda su práctica ninguna resolución

tiene que dictar al respecto, ni por tanto Auto alguno, bastando en consecuencia la omisión de acuerdo para que se lleve a cabo para entender que no estimó procedente hacer uso de dicha facultad, que privativamente y, por tanto, de su exclusiva apreciación le ofrezca el meritado artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Límites.— El actor basaba su impugnación de acuerdos de Junta en el hecho de que uno de los accionistas de la Sociedad no ostentaba tal condición en virtud de un testamento que en opinión del actor era nulo.

El Tribunal Supremo declara a este respecto que tal cuestión de invalidez del mencionado testamento rebasa el marco de los estrictos límites del proceso de impugnación de acuerdos sociales que se regula en el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, ya que, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 8 de diciembre de 1973 y 22 de junio de 1979, ese especial y singular procedimiento de impugnación no posibilita pronunciamientos declarativos de derechos, ya que estos no tienen cabida en los cauces para que el primero fue creado, cual es el de la mera impugnación de acuerdos sociales, o sea, de la Junta General, que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o de varios accionistas, los intereses de la Sociedad, de modo que cualquier otra, y concretamente la pretensión de decidir sobre la eficacia o ineficacia de un testamento en que apoye una persona sus derechos de socio, en cuanto revelen consecuencia de nulidad de acuerdo contrario a la Ley, han de ser planteadas no en el procedimiento que regula el tan repetido artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino en el correspondiente juicio declarativo ordinario a que se remite el párrafo 2.º de dicho artículo 68 (STS 2 noviembre 1985).

94. Sociedad Anónima. Acuerdo de reducción del capital a cero. Unanimidad.— Aunque la decisión de la Junta general de reducir el capital a cero por su íntegra pérdida y aumentarlo nuevamente hasta una determinada cifra puede entenderse válida y eficaz, por no oponerse a ninguna norma sustantiva de carácter necesario, deberá ser consentida por la totalidad de los socios. Mantener la validez de lo resuelto, sin la plena anuencia de aquellos, equivaldría a lesionar el derecho del socio a permanecer en su cualidad de tal, mientras subsista la sociedad y, en consecuencia, a no ver reducida esa condición a la sola titularidad de un derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones emitidas con ocasión del aumento. En caso contrario, además, se infringiría la norma del párrafo 1.º del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige la aquiescencia del interesado para toda modificación estatutaria que afecte a la fundamental prestación del accionista, pues se supeditaría su permanencia en la sociedad a la obligación de efectuar nuevas aportaciones. Por lo tanto, esta operación sólo será viable en aquellos supuestos en que haya sido decidida por unanimidad.

Impugnación de acuerdos sociales. Oposición.— Conforme al artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, la legitimación activa para la impugnación de acuerdos anulables ha de ir sustentada en la constancia en acta de la oposición del accionista a la resolución impugnada. Actitudes como las que se limitan a «salvar el voto» o a «no dar voto afirmativo» se traducen en una abstención en el ejercicio del derecho correspondiente; circunstancia esta que, a la luz del artículo anteriormente citado, priva al socio del derecho de impugnación del acuerdo. (STS 25 noviembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— La operación consistente en la *reducción del capital social a cero* y su simultáneo aumento hasta alcanzar una cifra que represente valores positivos en el balance de la sociedad es un mecanismo al que, en ocasiones, acuden socieda-

des que, pese a su situación crítica, mantienen aún posibilidades de recuperación. Esta operación, carente de disciplina específica en nuestro derecho societario, es admitida en términos generales por nuestra doctrina (*vid.* PÉREZ DE LA CRUZ, *La reducción del capital en Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, Zaragoza 1973, pp. 232 a 239; ANIBAL SANCHEZ, *El derecho de suscripción preferente del accionista*. Madrid 1973, pp. 108 a 111; y A. MENENDEZ, «Pérdida del capital social y continuación de la Sociedad Anónima», en *R.C.D.I.* (1980), número 537, pp. 237 a 258). A su validez no se oponen las causas de disolución establecidas por el artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas. Tal como éstas vienen configuradas por el legislador en el artículo 152, la pérdida absoluta del capital no conlleva la disolución automática de la sociedad, aun cuando este hecho se conduzca a la causa del número 2 del artículo 150 (conclusión del objeto social o imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social). Antes al contrario, el número 3 del citado artículo abre la posibilidad de que, en la referida situación, la sociedad pueda continuar su actividad *reintegrando* el capital. Este mecanismo de saneamiento no sólo no contradice preceptos de derecho necesario en la Ley, sino que tampoco se halla excluido del marco de regulación de intereses diseñado por nuestra vigente Ley de anónimas. La finalidad de recuperación económica de la sociedad, que tiene por objeto esta operación, es avalada por algunos principios inmanentes a la propia Ley, como el de conservación de la empresa, o el de efectividad de la garantía frente a terceros. En efecto, a través de este mecanismo se procura mantener la existencia de la sociedad, cuando aún se ve alguna posibilidad de recuperación y se mejora notablemente la posición de los acreedores sociales, al reintegrar, cuando menos, una parte de su garantía perdida.

Las tesis contrarias a la admisibilidad de esta figura fundan sus argumentos en la técnica organizativa de la sociedad anónima. A respecto, un sector de la doctrina italiana (*vid.*, en este sentido, NATOLI, «Perdita totale, reintegrazione di capitale e posizione del sottoscrittore delle azioni di nuova emissione», en *B.B.T.C.* (1954); I, pp. 729-737) ha puesto el acento en la imposibilidad de formar el *quorum* y las mayorías necesarias para proceder a la votación de aumento de capital, una vez que con la reducción a cero de éste se produce su anulación. Este argumento (utilizado también por el Tribunal en la Sentencia que anotamos; aunque no decisivo) parte, a nuestro juicio, de una consideración errónea de la operación. Se establece una dualidad (decisión de reducción; decisión de aumento) incompatible con la naturaleza y finalidad de este procedimiento. Este sólo puede concebirse, bajo una perspectiva decisoria, como una operación unitaria, aun cuando se integre de un mecanismo doble (reducción-aumento). En efecto, tanto el acto de reducción del capital como el de su aumento son objeto de un mismo acuerdo, en el que no cabe separar uno del otro. La reducción del capital en esta operación carece de la significación que posee como acto singularizado en la normativa de la Ley. La reducción a cero no tiene una sustantividad propia. Esta se configura como un mero presupuesto de la compensación de pérdidas, que se produce con el correlativo aumento. Piénsese que, en sí misma, la consideración individualizada de tal reducción carece de dimensión práctica, pues constatada por la sociedad la pérdida de su capital, la alternativa de la disolución no parece exigir, a la luz de nuestro ordenamiento, una decisión formal de esta índole. Por lo demás este problema formal se podría obviar fácilmente reduciendo el capital no a cero, sino a una fracción de uno.

La especial naturaleza del supuesto y su posible incidencia sobre los derechos individuales del accionista, al que, una vez anulado el capital, se le impone una

nueva aportación para mantener su condición de socio, han hecho que la doctrina y, en este caso, la sentencia que anotamos hayan sostenido la insuficiencia de los *quorum* y mayorías estipulados en la Ley para la válida adopción de este acuerdo. La licitud de la operación de reducción del capital a cero —se afirma— ha de estar respaldada necesariamente por el acuerdo unánime de todos los socios. A ello conduciría, por un lado, la especial tutela que concede al socio el artículo 85 de la Ley, que exige la concurrencia de su consentimiento para la asunción de nuevas obligaciones, como, por otro, el derecho a no verse privado unilateralmente de su condición sin mediar causa legalmente reconocida. Con ello —se añade— queda cerrada la posibilidad de que este mecanismo pueda ser utilizado por la mayoría como un camino fácil para desprenderse de una minoría incómoda, que no desee o no pueda hacer uso de su derecho de suscripción preferente, a través de nuevas aportaciones de capital. Este parece ser el problema que subyace en el fondo en el presente caso, y en otro antecedente resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1967.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta solución adoptada por el Tribunal, siguiendo la opinión más generalizada de los autores, puede facilitar en ocasiones comportamientos abusivos y directamente encontrados con el interés social. En efecto, la exigencia de unanimidad en la decisión conjura el riesgo de que este mecanismo pueda ser utilizado por los socios que ejerzan el control en la sociedad para infligir un grave quebranto al interés del socio o socios minoritarios, pero no es menos cierto que a través de este requisito se inviste al accionista individual de una facultad omnímoda para decidir la realización de una operación de saneamiento de la sociedad, que puede estar plenamente justificada y responder al legítimo interés de la inmensa mayoría de los socios (*vid.*, en esta misma línea de razonamiento, el comentario de VICENT CHULIA a esta Sentencia en *La Ley*, número 1.502 (23 julio 1986). Para la protección del socio frente a los abusos de la mayoría siempre quedará expedita la vía de impugnación del acuerdo social; buen ejemplo de ello nos proporciona la presente Sentencia. Pero es que, además, no está claramente delimitado cuál sea el interés del socio, o cuando menos la identidad de éste, que le haga acreedor a la intensa protección que concede el artículo 85 al imponer la necesidad de su consentimiento. La condición de socio en la situación descrita (pérdida absoluta del capital) configura una posición claramente claudicante y vacía en gran medida del contenido esencial de derechos que la integran (artículo 39 de la L.S.A.). En tales circunstancias resulta ilusorio fundar el derecho de veto del accionista en la defensa de una cualidad que se encuentra profundamente disminuida, o en un abstracto derecho del socio a la cuota de liquidación, carente en la práctica de sustantividad real. En efecto, no es la operación a la que venimos haciendo referencia la que pone en grave riesgo los derechos de socio, sino que es ya el propio estado patrimonial de la sociedad el que genera dicha situación. En esta coyuntura, la conservación y revitalización de los intereses del socio en la sociedad está indisolublemente unida a la recuperación de ésta; la cual sólo puede hacerse efectiva, sea cual fuere el mecanismo jurídico adoptado, a través de nuevas aportaciones al haber social. Es, por tanto, en la salvaguarda del derecho del accionista a reintegrar el valor económico de sus acciones, o del derecho de suscripción de las emitidas con ocasión del aumento, donde se halla la auténtica garantía del socio. En la posibilidad que se le ofrece al accionista de decidir libremente su continuación en la sociedad, es donde se manifiesta palmariamente el interés de

socio; puesto que, de no acudir a mecanismos de reintegración del capital, su posición se encuentra ya amenazada y aboca a la extinción al operar de plano la causa de disolución. En realidad, ha de tenerse en cuenta, además, que una sociedad descapitalizada tiene la obligación legal de reducir el capital. Ahora bien, si ese capital, una vez reducido, es manifiestamente insuficiente para desarrollar el objeto social, nos hallamos ante un supuesto de *responsabilidad de los socios por infracapitalización*. Para evitar ésta sólo hay dos salidas posibles: o bien disolver la sociedad o bien capitalizarla (v. gr. reduciendo el capital a cero y simultáneamente aumentándolo) (vid. PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», ADC (1983), número 4/36, p. 1.616, nota 85). Lo que no cabe es el mantenimiento del *statu quo* una vez que la sociedad ha visto perder su capital por completo. (F.O.B.)

95. Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas. Doble acción de los terceros perjudicados, social e individual.— El artículo 79 de la Ley de 1951 establece que los Administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal y responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave; y el artículo 80 de la propia Ley concede en último lugar la acción de responsabilidad a los acreedores con el triple condicionamiento de que tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos, presupuestos que delimitan el alcance de la acción, definen el interés que debe asistir al acreedor que la deduce y subordina la posibilidad de su ejercicio a la circunstancia de que no haya sido ejercitado por la Sociedad o sus accionistas, de lo que resulta claramente un carácter subsidiario; por el contrario, el artículo 81 de la misma Ley reconoce una acción individual a favor de los socios y de los terceros, distinta de la acción social antes descrita, y tendente no a la indemnización por los Administradores del daño causado al patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, como garantía indirecta para el cobro por los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose, en consecuencia, un acto del administrador y una lesión directa a los intereses del accionista o del tercer demandante, a lo que debe añadirse el fundamento de la culpa, el daño y la relación de causa a efecto entre aquélla y éste.

Incongruencia. El principio «iura novit curia».—Se ha interpretado erróneamente el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la aplicación del principio «iura novit curia» no autoriza a los Tribunales para resolver la cuestión sometida a su decisión, trasmutando la causa de pedir y acogiendo una acción que no fue la ejercitada, lo que ha ocurrido en el presente caso en que la acción ejercitada tenía su fundamento en el último párrafo del artículo 80 de la Ley de 1951, siendo uno de sus presupuestos ineludibles que tienda a reconstituir el patrimonio social y no de manera inmediata a reparar la lesión inferida por los Administradores al patrimonio de los demandantes, mientras que en la acción admitida se establece que la indemnización frente a los Administradores sea percibida directamente por los demandados. (STS 21 mayo 1985, ha lugar.)

La acción se ejercita por una Comunidad de propietarios frente a los Administradores de la sociedad promotora, que se niegan a cumplir una sentencia condenatoria de reparar los defectos de los pisos vendidos, alegando carecer de medios. La acción está sobradamente justificada, pero fracasa por inadecuada fundamentación. Sentencia «docta» que aclara con precisión la compleja normativa sobre

responsabilidad de los Administradores de sociedades anónimas, y de la que ha sido Ponente Sánchez Jáuregui. (G.G.C.)

96. Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos. Nombramiento de censores jurados de cuentas.— Para la designación de accionistas censores de cuentas no se cumplió con la normativa legal aplicable, en cuanto que no se propuso ni se llevó a efecto votación alguna para la designación de censores entre los accionistas no pertenecientes al Consejo de Administración, sino que, escindiéndose en dos grupos de tres y dos personas, los miembros de dicho Consejo propusieron cada uno de ellos un censor de cuentas titular y otro suplente, resultando todos ellos elegidos, burlando el legítimo derecho de los accionistas no pertenecientes al Consejo de Administración y minoritarios, que no sólo fueron excluidos del cargo de accionistas censores, que en uno de ellos habría de recaer, sino que colocados en artificial minoría, ni siquiera pudieron conseguir el nombramiento de un miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, por ellos propuesto y que les correspondía al representar más de una décima del capital de la sociedad; se privó así a los accionistas minoritarios, que no son administradores, de su derecho de información y fiscalización; todo ello sobre el supuesto de que se trata de una sociedad cuyo capital social se halla dividido en 18.940 acciones, perteneciendo cinco séptimos de las mismas a los cinco miembros que integran el Consejo de Administración, otra séptima parte a los denunciados y la otra séptima parte al grupo formado por tres personas físicas herederas de un socio fallecido.

Fraude Ley.— Existe fraude de Ley en la interpretación del artículo 108 de la Ley de 1951, por tratarse de una norma de derecho imperativo o necesario, no susceptible de modificación, y mucho menos de derogación, pues nunca se permite, como con reiteración ha declarado esta Sala, que con una división del grupo mayoritario y sin constituir mayoría absoluta, pueda frustrarse el derecho que la Ley concede a la minoría.

Acuerdo contrario a la Ley.— El acuerdo impugnado es contrario a la Ley al pretenderse, mediante el mismo, la designación de dos censores de cuentas y sus suplentes no accionistas, existiendo, como existían, accionistas que no eran miembros del Consejo de Administración de la sociedad, lo que precisamente, en número de dos y sus suplentes —como declara la Sentencia 4 abril 1984, en asunto idéntico— habían de ser designados accionistas censores.

Actos propios. Inexistencia.— Según consta en el acta de la Junta cuyo acuerdo se impugna, la parte después demandante hizo constar su oposición a los acuerdos, luego no cabe hablar de conformidad alguna con los mismos; oposición que se ratificó en el posterior proceso especial del que dimana este recurso. (STS 14 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

97. Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos. Nulidad de convocatoria del Consejo de Administración.— No se viola el artículo de los Estatutos que establece que el Consejo de Administración se reunirá siempre que lo convoque su Presidente, ya por iniciativa propia, ya a instancia de cualquier Consejero, pues, en el caso que se declara probado, que a instancia de un Consejero residente en Italia se citó a los tres miembros que componían el Consejo para una reunión a celebrar en lugar, día y hora determinados, y el Presidente, hoy impugnante, entendió equivocadamente la hora (las 7 de las tarde por las 17 horas) y llegó al lugar terminada la reunión, en la que, por mayoría de dos Consejeros sobre tres, se decidió la convocatoria de la Junta.

Junta General. Convocatoria conjunta ordinaria y extraordinaria.— Es doctrina jurisprudencial que, conforme al artículo 58 de la Ley de 1951 y según resulta de la Exposición de Motivos de la misma, la distinción entre Juntas Generales ordinarias y extraordinarias de las sociedades anónimas no impide a la convocada con el primer carácter tomar acuerdos distintos a los que se refiere el artículo 50 como de su competencia, siempre que se den los *quorums* exigidos para la validez de los mismos, por lo cual es obvio concluir que la Junta convocada con todos los requisitos legales con el doble carácter citado no devenía nula. (STS 18 octubre 1985, no ha lugar.)

98. Sociedad civil irregular. Calificación y prueba. Pactos secretos entre los socios.— Se declara probada la existencia de una relación jurídica calificada de sociedad para la venta de vino, ya que se constituyó un fondo común o indiviso con las aportaciones de los socios para la obtención de un lucro partible, aportación no sólo en numerario, sino también en trabajo, debiendo calificarse la sociedad de irregular al mantenerse secretos sus pactos, como se deduce de los siguientes datos: a) La cotitularidad de las partes en las cuentas corrientes bancarias que se utilizaban en el negocio; b) la concesión, a ambos y solidariamente, de préstamos bancarios que se emplearon en el mismo; c) la entrega de dinero en préstamo a ambas partes por un próximo pariente; d) la adquisición conjunta y en escritura pública del edificio en donde se desarrolló el negocio; e) las reiteradas tentativas de las partes en llegar a un acuerdo sobre la división del patrimonio de la empresa; y f) las declaraciones de los testigos, especialmente de los próximos parientes de los litigantes, que afirman categóricamente la existencia de una relación societaria; no siendo obstáculo a esta calificación la circunstancia de que el negocio figure a nombre de uno sólo de los socios y que el otro forme parte de la plantilla laboral de la empresa, ya que lo primero es propio de las sociedades irregulares y lo segundo es un fraude frecuente a la Seguridad Social.

Criterios para el reparto de beneficios.— Se constata la desigual e irregular retirada de fondos por los socios, lo que impide asentar sobre dichas bases las respectivas aportaciones sociales, por lo que, razonablemente, el único elemento para determinar la proporción de tales aportaciones y del reparto de beneficios es la que resulta de las respectivas cuotas en la adquisición del edificio social. (STS 12 noviembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Sabido es que los problemas de prueba ofrecen especial dificultad en materia de sociedades irregulares. Destaca en esta Sentencia (Pte. Pérez Gimeno) el minucioso estudio de los datos fácticos que fundamentaron la calificación de la existencia de una relación societaria, y no de un simple préstamo, o de una cuenta en participación, como pretendía el demandado. Dada la desigualdad de aportaciones y la falta de prueba sobre su cuantía exacta, se rechaza el criterio basado en las retiradas de fondos efectuadas por ambas partes, que hubiera conducido al porcentaje 10,85-89,15 por 100, y se acepta otro, con más base objetiva (aportaciones respectivas a la compra del edificio social) que coloca aquél en el 30-70 por 100, mucho más equitativo. (G.G.C.)

99. Impugnación de patente.— El número al que acude el recurrente exige que el desacierto en la ponderación probatoria cometida por el Juzgador no resulte contradicho por otros elementos de convicción, y es lo cierto que frente al informe pericial que avala la tesis de A.S.A., obra en los Autos otro no menos rotundo en pro de la posición mantenida por don R.A.C., y en el cual se basa la Salá de Instancia para rechazar la pretensión de

nulidad de la patente, y claro está que en esa abierta discrepancia de los dictámenes no puede instarse a este Tribunal para que opte por la pericia que favorece a la recurrente, prescindiendo de la que le perjudica, pues encomendarle tal elección equivaldría a convertir este extraordinario recurso en una nueva instancia (STS 30 diciembre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

100. Impago de letras de cambio.— El Código de Comercio estatuye la responsabilidad de los libradores por las letras que, emitidas por ellos, resultasen en su día impagadas.

Legitimación para ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores.— Es lo cierto que sentado en el anterior considerando el criterio de que los recurrentes son deudores al Banco del importe de las letras que se descontó, es obvio que debe atribuírsele la capacidad jurídica para instar la rescindibilidad del contrato en fraude de acreedores.

Resoluciones penales.— No producen excepción de cosa juzgada en el orden civil. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Los demandados libraron tres letras de cambio que fueron aceptadas por un sobrino de los libradores. Las referidas letras fueron descontadas por el banco actor. Llegado el vencimiento de las mismas no se hicieron efectivas, por lo que fueron protestadas por falta de pago. Recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que, confirmando la dictada por el Juez de Primera Instancia, se afirmó el derecho del banco a exigir el reembolso de las letras impagadas a los libradores, así como la rescisión de la venta de un piso realizada por los mismos.

101. Letra de cambio. Obligaciones del tomador en «comisión de cobro».— El hecho de que el tomador tenga la letra como simple mandatario en gestión de cobro lo sujeta, por los compromisos contraídos al tomar la cambial en tal concepto, a las determinaciones de los artículos 252 y 259 del Código de Comercio. Por ello, obró consecuentemente y diligentemente al comprobar la «conformidad» del avalista, y al adeudar a éste el importe de la letra en la cuenta centralizada que mantenía con él. Verificado de esta suerte el pago del efecto y cumplida la comisión con su abono al comitente, el tomador, en su condición de comisionista, no debió admitir la posterior devolución, manteniendo el apunte de la cuenta centralizada. Máxime si se tiene en cuenta que, con base en el artículo 1.899 del Código Civil, la libradora de la letra queda exenta de la obligación de restituir, pues la percepción del importe por ésta se hizo de buena fe, y cuyo crédito era legítimo y subsistente. Es el banco tomador quien debió dirigirse contra el deudor o el avalista para lo que estaba legitimado como tomador del efecto, aunque fuera en concepto de gestión de cobro, pues esa es una relación interna entre librador y tomador que no atañe a terceros. (STS 7 febrero 1986, no ha lugar.)

HECHOS.— El banco A había tomado en comisión de cobranza una letra de cambio librada por la recurrida en unión de su marido como instrumento de pago de unos terrenos por ellos vendidos a la compañía V.O.S.A., a cuyo cargo, como librada-acceptante, fue emitida la cambial, y avalada por el banco B. Como quiera que no fue atendida a su vencimiento, el banco apoderado se dirige, previo el oportuno protesto, a la entidad avalista en petición de pago. Transcurrido cierto tiempo sin contestación de ésta, el banco tomador adeudó el importe de la letra más los gastos en la cuenta centralizada que mantenía con el avalista, y abonó dicha cantidad en la cuenta que los libradores mantenían abierta en una de sus sucursales.

Con posterioridad, la letra es devuelta por el avalista por entender que se encuentra perjudicada al no figurar en ella nombre alguno de persona tomadora. Cancelado el adeudo mencionado, la entidad tomadora parece resarcirse del abono que por cuenta de aquél había efectuado a los libradores, hace un cargo paralelo en una nueva cuenta abierta por la libradora-demandante con posterioridad al fallecimiento de su marido, y a la que había transferido los fondos existentes en la cuenta sobre la que se hizo el ingreso precedente. Es este cargo el que origina la reclamación de la libradora, que se resuelve a su favor tanto en la primera instancia como en apelación, obligando al demandado (tomador en comisión de cobro) a reintegrar a la actora el importe de la letra.

NOTA.— La resolución adoptada por el Tribunal se basa en dos argumentos centrales para desestimar el recurso y, por tanto, declarar improcedente y nula la acción del comisionista tendente a resarcirse, de forma unilateral, del pago hecho al comitente en cumplimiento del mandato de cobro que le había sido conferido. Por un lado, el Tribunal acude a la regulación del contrato de comisión para sostener que, cumplida ésta por el economista, aquella actitud excede del cuadro de derechos del tipo contractual. Por otro, acude a los preceptos que disciplinan el cobro de lo indebido en nuestro Código Civil para mantener la sumisión del supuesto a la norma del artículo 1.899, que exime de la obligación de restituir al que creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título o abandonado o cancelado las garantías de su derecho.

La solución dada en la controversia planteada gira en torno a una cuestión no suficientemente aclarada en la sentencia, cuya exposición —dicho sea de paso— es extremadamente farragosa y oscura. Parece extraerse del relato de los hechos, y de los preceptos que se aplican, que el origen del problema se encuentra en la ausencia de indicación de tomador en el efecto cambiario; excepción que opone al pago el avalista de la letra por entender que se encuentra perjudicada. Tanto en la regulación cambiaria del Código de Comercio (artículo 444) como en la Ley vigente (artículos 1 y 2), la letra se configura como un título de legitimación nominal. La indicación cartular del tomador constituye una cláusula esencial para la validez de la letra de cambio, cuya ausencia en el momento del ejercicio del derecho incorporado provoca su nulidad (STS 11-7-1983. Rep. Ar. 4.209/83). Este hecho arrastra necesariamente la nulidad de las declaraciones cambiarias, y por ende, la del avalista, pues la responsabilidad del avalista es de naturaleza estrictamente cambiaria; sin que la garantía cambiaria implique una fianza de la obligación causal superpuesta a la garantía prestada en la letra. En este contexto, el cargo hecho al avalista en la cuenta centralizada por el comisionista en gestión de cobro ha de reputarse nulo. La inexistencia de obligación del avalista hace que la atribución patrimonial que realiza el comisionista en favor de su comitente, por virtud del encargo de cobro, carezca de causa al no poder ser imputable a aquélla. En el abono del importe de la letra no puede verse, en tales circunstancias, un acto *solvendi causa*, pues el comisionista no lo efectúa con una finalidad solutoria en cumplimiento de una obligación propia o en interés del auténtico deudor. El Tribunal con la aplicación del artículo 1.899 del Código Civil reconoce la existencia de un *indebitum ex causa* en el supuesto planteado. Destaca, en este punto, la interpretación amplia que hace la sentencia de aquel artículo, que exime de la obligación de restitución al *accipiens* (librador-comitente). En efecto, el Tribunal asimila el supuesto de la inutilización del crédito o pérdida de las garantías por actuación del *accipiens* (su-

puesto típico), con el caso de que ese deterioro provenga del proceder del *solvens*. En el supuesto que se juzga, el *accipiens* (librador) no sólo ve desaparecer el crédito cambiario —con su mayor seguridad y rigor— por la actuación negligente del tomador al no cubrir la indicación de tomador en la letra, sino que por derivación, la nulidad de ésta provoca la desaparición de la garantía de pago que le ofrecía el aval suscrito. Exento el *accipiens* de la obligación de restitución, el referido precepto confiere al *solvens* el derecho de subrogarse en la posición de aquél para dirigirse contra el verdadero deudor; en nuestro caso, la sociedad V.O.S.A. aceptante de la letra (respecto del derecho de subrogación del *solvens*, véase LACRUZ BERDEJO, «El pago de lo indebido», en Est. homenaje a Roca Sastre, Madrid, 1976, p. 513. GULLON, «Cobro de lo indebido», en Est. homenaje a Batlle, Madrid, 1978, p. 383). Por todo lo expuesto, lo que carece de sentido es atribuir naturaleza cambiaria a aquella acción, como incomprensiblemente mantiene la sentencia al final. La acción en que se subroga el *solvens* es la que deriva de la relación de provisión, es decir, la fundada en el contrato de compraventa entre el *accipiens*-acreedor y el verdadero deudor.

Cuestión en la que no entra el Tribunal es en la determinación de responsabilidad en que haya podido incurrir el banco comisionista por los daños y perjuicios causados a su comitente con su proceder negligente. (F.O.B.)

102. Compraventa mercantil.— Hay que calificar de mercantil la compra con ánimo de lucro según el artículo 325 del Código de Comercio, en cuanto la empresa, o la persona empresaria, no compra para consumir, sino para producir, es decir, obtener un beneficio que le permita continuar en la cadena productiva.

Prescripción de la acción. Plazo.— Ha de excluirse la aplicación a esas compras empresariales, por su condición mercantil, de lo dispuesto en el artículo 1.967, 4.º, del Código Civil, por ser ésta una hipótesis pensada para la compra sin ánimo de lucro en la reventa, civil por tanto, mientras que por esta exclusión habrá de aplicarse a las compras empresariales la prescripción de 15 años, prevista en el artículo 1.964 del Código Civil, dada la remisión al Código Civil que hace el 943 del Código de Comercio, al no fijar este plazo especial prescriptivo. (STS 3 mayo 1985, ha lugar.)

HECHOS.— La cuestión básica que se discute en el pleito se planteó en torno a una relación comercial entre la sociedad actora y el demandado, integrada por diversas adquisiciones que el segundo hizo a la primera, dedicada a la fabricación y venta de piensos compuestos para animales, mediante la remisión de partidas y consiguientes facturas de la operación, de las cuales facturas, en cuanto no abonadas las últimas, son las que en el pleito se reclaman al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.445 y siguientes y 1.500 y siguientes del Código Civil, como deber del comprador que ha incurrido el contrato de compraventa, según se pide en la demanda, a lo cual se opuso el adquirente, fundado en la excepción de prescripción prevista en el artículo 1.967, 4.º, de aquel Cuerpo legal y naturaleza civil de la compraventa.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación por incongruencia. (A.C.S.)

103. Compraventa de buque. Resolución por incumplimiento. Irrelevancia de la crisis económica del sector naviero.— Para llegar al resultado de la resolución negocial basta con que se produzca el hecho del incumplimiento obstaculizador del fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo negocial, sin que sea menester indagar si concurre un específico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, sino que basta la incuestionable realidad de un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor, que lógicamente revela una actividad de menosprecio a lo convenido, sin que pueda objetarse con el embargo preventivo de la nave a instancia de la enajenante, pues la medida cautelar no ha sido causa del incumplimiento, sino por éste provocado y como medio para asegurar la satisfacción del crédito una vez revelada la persistente inactividad de la compradora respecto a la efectividad de su prestación.

Laudo arbitral. Reintegro de las cantidades satisfechas por la compradora.— Según autorizado criterio doctrinal, la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiere celebrado, efecto que opera *ex tunc* y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del contrato, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese tenido existencia, sin perjuicio del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe, tesis mantenida por la doctrina de esta Sala, a cuyo tenor la resolución del contrato supone la extinción de la obligación contraída no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del negocio, cual sucede en los casos de nulidad y rescisión y en la condición resolutoria expresa del artículo 1.123 del Código Civil.

Daño contractual.— Si por daño ha de entenderse el menoscabo sufrido por el patrimonio contra la voluntad de su titular, en su lata acepción ha de comprender la disminución efectiva sufrida a causa del incumplimiento imputable a la otra parte, como lo fue en este caso el impago de determinados abastecimientos y los desembolsos para atender salarios y seguros sociales, que se vio en la necesidad de hacer la vendedora ante la posición renuente de la compradora. (STS 31 mayo 1985, ha lugar.)

Aunque la Sentencia sigue ampliamente las opiniones de DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, pp. 847 y siguientes, en lo relativo a los presupuestos y efectos de la acción de resolución por incumplimiento, en algunos aspectos hasta literalmente para apartarse, sin embargo, en lo relativo a la exigencia de que el incumplimiento sea grave (opinión de JORDANO BAREA, que rechaza DIEZ PICAZO), puesto que habla de un incumplimiento *sustancial* (Se habían realizado pagos parciales de cierta consideración) (G.G.C.)

104. Contrato de Comisión. Interpretación de los contratos.— Invocando como infringidos los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, por el concepto de violación «al interpretar incorrectamente el contrato», se refiere al aducido como documento auténtico en el primer motivo, sin que en el desarrollo del que se examina acierte a decir cuál de las normas hermenéuticas haya sido infringida, lo que también determina su perecimiento, a la vista de los términos de su formulación, ya que, como esta Sala tiene dicho, se incurre en defecto procesal tanto por no expresar el párrafo del artículo 1.281 que se estime infringido como al formularse en bloque los referidos artículos, pero, aunque tal anomalía pudiese estimarse superada, también había de decaer el motivo, pues la facultad de interpre-

tar los contratos corresponde a los Tribunales de Instancia, solamente impugnables en casación cuando resulte arbitraria, ilógica o vulneradora de algún precepto legal, anomalías que ni siquiera el impugnante atribuye a la labor hermenéutica realizada, expresando solamente su disenso en cuanto a la determinación de la naturaleza del contrato, que estima «únicamente» como de agencia y no de comisión-depósito, tesis, por otra parte, que la Sala en su Sentencia, siquiera a efectos alternativos o como un razonamiento más, se admite, para concluir que, aún calificando el contrato como de «agencia», la indemnización o compensación postulada, como consecuencia de la revocación, deviene inoperante al no haberse demostrado, ni la concurrencia de razones de equidad, ni de enriquecimiento injusto. (STS 25 octubre 1985, no ha lugar.) (L.R.A.)

105. Contrato de transporte terrestre de viajeros. Naturaleza jurídica.— El Código de Comercio sólo dedica al transporte de viajeros el artículo 352, y ello sólo para regular el contenido de la carta de porte o billete, por lo que esta ausencia de regulación específica debe suplirse con la aplicación de la normativa del Código Civil y, más concretamente, con la relativa al contrato de arrendamiento de obra, en cuanto se adapte a sus peculiares circunstancias, por ser el contrato de transporte de personas una modalidad de arrendamiento de obra, al obligarse al porteador a la consecución de un resultado, cual es situar a la persona en un lugar determinado, conclusión que lleva a afirmar que la materia relativa a la responsabilidad de las partes debe regularse por las disposiciones generales por culpa contractual contenidas en el referido Código Civil.

Presunción de culpabilidad en la falta de adecuación a lo pactado. Carga de la prueba.— Surgiendo del contrato como obligación principal del porteador el traslado del pasajero desde el punto de partida al de destino, es manifiesto que el incumplimiento de tal deber y las consecuencias dañosas para la vida o la integridad física del viajero que de tal incumplimiento se deriven deben serle imputables en tanto no acredite que la falta de cumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor, y ello no sólo por tener declarado esta Sala que existe una presunción de culpabilidad en la falta de adecuación a lo pactado, sino, también, porque la aplicación del principio del «onus probandi», proclamado en el artículo 1.214 del Código Civil lleva a la misma conclusión. (STS 31 mayo 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Hallándose circulando por la carretera N-321 un autocar derrapó por un barranco, a consecuencia de lo cual fallecieron determinados viajeros y otros resultaron heridos. En la demanda se solicitó indemnización de daños y perjuicios al propietario del autocar, al conductor del mismo y a la compañía aseguradora. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la excepción de prescripción de la acción ejercitada. La Audiencia Territorial revocó en parte este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la representación del propietario del autocar. (A.C.S.)

106. Transportes de mercancías por carretera. Responsabilidad del transportista. Legislación aplicable. Tanto la legislación interna española como el Convenio Internacional de Transportes por carretera excluyen la responsabilidad del porteador en caso de pérdida de las mercancías por fuerza mayor.

Ámbito de aplicación del Convenio de 1956.— La normativa aplicable está consuetudinariamente por el Convenio de Transporte Internacional de Mercancías por carretera de 19 de mayo

de 1956, al que se adhirió España, entrando en vigor el 13 de mayo de 1974, cuyo artículo 1.º fija el ámbito de aplicación, con independencia del domicilio y nacionalidad de las partes contratantes, a los transportes de mercancías por carretera siempre que el contrato sea oneroso, que el transporte se verifique por automóviles, vehículos articulados, remolques y semi-remolques, y que los puntos de origen o toma de la mercancía y el lugar de destino estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales, al menos, sea contratante.

Responsabilidad por pérdida de la mercancía.— El artículo 17 del Convenio atribuye al transportista la responsabilidad por la pérdida total o parcial de la mercancía entre el momento de la recepción y el de la entrega, a no ser que la pérdida haya sido ocasionada por circunstancia que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir, es decir, por causa de fuerza mayor cuya prueba le impone el artículo 18.

Fuerza mayor derivada de la sustracción del camión y de la mercancía.— Declarado probado que la sustracción del camión tuvo lugar en horas poco propicias, habiéndolo dejado aparcado en lugar habitado y supuestamente vigilado por la proximidad de fuerzas policiales, sin que el conductor permaneciera fuera de vista del vehículo más que durante la cena y tras haber cerrado la puerta de acceso, ningún reproche puede hacerse a éste, debiendo afirmarse que la sustracción temporal del camión y definitiva de la mercancía se debió a circunstancias que el conductor no pudo evitar, pues no se discute que el lugar de aparcamiento no fuera el adecuado, ni que incurriera en la negligencia de dejar abierto el camión, y ha de entenderse que no pudo impedir las consecuencias que tal sustracción ocasionó en orden al cumplimiento de la obligación de entrega de la mercancía, calificándose el incumplimiento de debido a fuerza mayor excluyente de la responsabilidad del porteador. (STS 20 diciembre 1985 no ha lugar.) (G.G.C.)

107. **Transporte marítimo de mercancías. Responsabilidad del porteador. Caducidad de la acción. Convenio de Bruselas de 1924.**— La Ley de 22 de diciembre de 1949 incorporó a nuestra legislación el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de reglas en materia de conocimiento de embarque en el transporte internacional de mercancías por mar, aunque hay opiniones que mantienen que tal incorporación tuvo lugar con la publicación del Convenio en 1930 en el «B.O.E.», y según el artículo 22, 4.º, de aquella «en todo caso, el porteador y el buque estarán exentos de toda responsabilidad por pérdidas o daños, a menos que se ejercite una acción dentro del año siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas hubieran de ser entregadas», habiendo declarado las Sentencias de 30 de mayo de 1984 y 29 de enero de 1985 que se trata de un plazo de caducidad, como se deduce de la literalidad del precepto, que a la acción concedida le concede una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonera «en todo caso» de responsabilidad al porteador y al buque.

Ampliación del plazo de caducidad por voluntad de las partes. Imposibilidad de prorrogar plazo ya extinguido.— Es doctrina jurisprudencial la posibilidad de ampliar el plazo de caducidad por acuerdo de las partes, con apoyo en el principio de autonomía que en materia de ampliación no contradice las Leyes, la moral, ni el orden público, pero no cabe tal ampliación cuando la prórroga se produce una vez extinguido el plazo, además de no constar si la persona que la otorgó estaba, o no, autorizada para hacerlo (Sentencia 11 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.— Es importante la declaración de ser ampliable por acuerdo de las partes el plazo de caducidad, opinión que no todos comparten por entender que la

regulación de esta institución es, toda ella, de *ius cogens*. Entre los autores más favorables a la modificabilidad por voluntad privada de los preceptos legales sobre caducidad, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, 1-2.º, 6.ª ed. (Barcelona 1980), p. 527, se muestra contrario al alargamiento (como era este caso) y favorable al acortamiento de los plazos. Cabe mencionar también, como criterio analógico contrario, el que se deduce de la Ley 27 de la Compilación Navara: «No tendrán efecto los convenios o disposiciones destinados a modificar los plazos legales de prescripción» (G.G.C.)

108. Seguro de accidente. Acción directa contra la compañía aseguradora. Las excepciones de ésta contra el asegurado no puede oponerlas contra el perjudicado.— Según el artículo 76 de la Ley del seguro de 1980, la Compañía aseguradora no puede oponer al perjudicado que ejercite la acción directa las excepciones permisibles frente al asegurado; en este peculiar supuesto no se trata de un seguro en beneficio de tercero, ni tampoco un caso de autorización de uso de vehículo por el dueño del mismo y asegurado a un tercero, sino de un contrato de seguro de responsabilidad, cuyo tomador no es el dueño ni el usuario, lo que de hecho lo convierte prácticamente en un seguro a favor de tercero, colocándose la compañía en una posición no muy airosa en su actitud negativa respecto del abono del resarcimiento a la víctima por el daño causado por el objeto asegurado, actitud no muy conforme con la buena fe (artículo 1.258 del Código Civil y Ley de 1980), porque al pactar con quien no era dueño del vehículo —pacto no prohibido por la Ley— es claro que ahora no puede ampararse en esa circunstancia y excusar el abono previsto, so pena de —en la práctica— autorizar un enriquecimiento injusto, y en lo jurídico entender el contrato como un convenio de laboratorio, vacío de sentido y sin causa operante, mientras no se demuestre la existencia de cualquier pacto de exclusión lícita de responsabilidad (STS 5 mayo 1985, no ha lugar.)

109. Seguro de pedrisco. Competencia. Jerarquía normativa. Resolución de Dirección General.— El respeto a la jerarquía de normas es tradicional en nuestro Derecho, como lo pueban el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y los artículos 1.2 y 2.2 del Código Civil, concluyendo esta evolución la vigente Constitución de 1978 que en su artículo 9.3 garantiza la jerarquía normativa, a la vista de cuyas disposiciones no cabe sostener que se determine la competencia judicial en virtud de norma que en la jerarquía administrativa ha de encuadrarse en último lugar, según se deduce del artículo 23, apartado 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, entre las «disposiciones de autoridades y órganos inferiores», contraviniendo, además, en caso de darle preferencia de aplicación, al ordenamiento jurídico sustantivo.

Sumisión tácita.— El hecho de haber solicitado el recurrente prórroga para contestar a la demanda sin alegar incompetencia, implica sumisión tácita al Juzgado que le emplazó.

Cláusula de sumisión que figura sólo en el condicionado general de la póliza.— Se ejercita en la litis la acción de reclamación de indemnización derivada de un seguro de pedrisco por el asegurado en la que no consta sumisión a ningún Juez o Tribunal, ni se transcribe en ella el reenvío ni la declaración de competencia a favor de Juzgado distinto de aquél en que se presentó la demanda; declaración desconocida por la contraparte seguramente por haber omitido dar conocimiento de ello a la misma, la entidad aseguradora, que ahora no

puede apoyarse en una consecuencia de no haber advertido aquella circunstancia al asegurado. (STS 6 julio 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Santos Briz), debiendo resaltar en ella: 1.º La enérgica reafirmación del principio de jerarquía normativa, hoy por lo demás imperativo constitucional; 2.º haber recogido la mejor doctrina civilista sobre el valor de las condiciones generales, no aceptadas ni siquiera comunicadas a la contraparte; y 3.º el silencio sobre la Ley de consumidores, cuya aplicación hubiera llevado a idéntica solución del caso, reforzando y actualizando los argumentos aquí empleados. (G.G.C.)

110. Libretas indistintas. Actos dispositivos indebidos realizados por uno de los titulares tres días antes de la muerte del otro. Incongruencia.— Aun cuando la congruencia no supone en modo alguno una acomodación literal a las pretensiones formuladas por las partes en el curso de la fase de alegaciones, y sí únicamente a lo que constituye la esencia de la contradicción «inter partes», lo que resulta indudable, y así lo ha puesto de relieve de modo reiterado esta Sala, es que la resolución que pone término a una contienda procesal no puede: a) sustituir las cuestiones o temas objeto de debate por otros; y b) alterar la causa de pedir, en cuanto ello impediría a una de las partes rebatir los argumentos contrarios.

Principio dispositivo y «iura novit curia».— Si bien el Juzgador puede en uso o aplicación del principio «iura novit curia» en relación con el «da mihi factum» aplicar normas distintas, e incluso no invocadas por los litigantes a los hechos por los mismos establecidos, esto no puede ser causa, ni tampoco dar lugar, a que se opere la entrada en el debate de un elemento, una defensa o una excepción que no hubiere sido objeto de alegación en el momento procesal oportuno, al punto de alterar con ello la pretensión deducida, salvo que se trate de pretensiones que afecten al denominado «orden público»; y ello porque admitir referida potestad equivaldría a subvertir o alterar dos principios fundamentales del proceso civil español, el dispositivo y el de contradicción.

Falta de legitimación alegada «in voce» en la vista.— La falta de legitimación alegada «in voce» por los demandados en la vista de la apelación, al ser estimada en la Sentencia sin previa exposición en la fase procesal oportuna, impide a la parte a quien afecta rebatirla, produciéndole indefensión.

Donación remuneratoria. Ausencia de prueba.— En los hechos probados no aparecen datos que permitan entender que se convino, pactó o surgió donación de clase alguna entre las titulares de la cuenta indistinta, ni tampoco que hubieran existido conversaciones entre ambas, o incluso entre la presunta donataria y terceras personas que permitan acoger una «voluntas donandi» a título «inter vivos» o «mortis causa», o tan siquiera «remuneratoria», por lo que carece de justificación la realización de actos dispositivos por una de las titulares de las libretas indistintas tres días antes del fallecimiento de la otra. (STS 17 abril 1985, ha lugar.)

NOTA.— Son hechos básicos que se recogen en el primer considerando: 1.º Que doña Teresa fallece en estado de soltera, e intestada, después de penosa enfermedad que obligó a su internamiento durante cinco meses anteriores a su muerte; 2.º durante su estancia en el hospital fue asistida de modo constante por su sobrina, doña Engracia; doña Teresa tenía dos cartillas en una Caja de Ahorros, cuya apertura se efectuó haciendo aparecer como titulares indistintas de las mismas, a la difunta y a su sobrina, teniendo en cuenta que la primera no sabía leer ni escribir;

3.º tres días antes del fallecimiento de doña Teresa, con la colaboración de doña Engracia, se efectuaron operaciones que dieron lugar a transferencias de la casi totalidad del saldo de dichas cartillas a otras a nombre de doña Engracia y su marido; y 4.º la demanda se interpone por dos hermanos de doble vínculo de la difunta y por una hija de otra hermana fallecida, y se pide que se declare que los saldos existentes antes de hacer las mencionadas transferencias forman parte del caudal relicto de doña Teresa. La demanda se estima por el Juzgado, mientras que la Audiencia Territorial absuelve de ella a los demandados. El Tribunal Supremo con base en la doctrina extractada (Pte. Martín-Granizo) estima el recurso de casación y en segunda sentencia confirma la de Primera Instancia.

El supuesto de hecho se da con bastante frecuencia, y, aunque la *ratio decidendi* es de carácter exclusivamente procesal, a saber, la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Territorial, que basa la absolución de la demanda en la excepción de falta de legitimación de los actores, es lo cierto que el razonamiento del Tribunal Supremo parece haber sido el de la ausencia de justificación de las transferencias litigiosas, como lo corrobora el penúltimo considerando relativo a la ausencia de verdadera donación. Con todo, la situación de hecho ofrece ciertos interrogantes no suficientemente aclarados. ¿No se justificaría o, al menos, se presumiría, una donación remuneradora en favor de doña Engracia (servicios abnegados prestados durante los cinco últimos meses de vida)? (G.G.C.)

111. Préstamo. Duración. «Cierta tiempo». Incumplimiento del deber de restitución.— El prestatario asumió la obligación de devolver la cantidad mutuada a los pocos días de recibida, razón por la que la Sala de instancia estima que el incumplimiento se operó en esos días, conclusión lógica y razonable en relación con la mecánica de la entrega del dinero por el prestamista, es decir mediante un talón contra su cuenta en la Caja de Ahorros de la que era Delegado el prestatario y la promesa de éste de una rápida devolución, en atención a su cargo —que perdió por esta causa— y en el que también se amparó para obtener el dinero, con lo que se aplicó en sus propios términos el artículo 1.740 del Código Civil, al fijarse el incumplimiento en el «cierto tiempo» pactado, explicablemente breve según las circunstancias y sin que pueda presumirse un plazo implícito en razón de la tardanza en presentar la demanda al prestamista.

Préstamo condicional. Cuestión nueva.— No puede tomarse en consideración la alegación del demandado de tratarse de un préstamo condicionado al cumplimiento de otro segundo préstamo que el prestatario realizó con la cantidad mutuada, de modo que al devolver los terceros la cantidad al recurrente estaba éste obligado a su devolución al actor, y ello en razón de tratarse de una cuestión nueva, en este momento procesal no susceptible de tratamiento, en obediencia al principio de audiencia bilateral, que exige dar a cada parte la oportunidad de su defensa (artículo 24.1 del Código Estatuario) y de la imposibilidad de revisar un hecho y su consecuencia jurídica no aportado al pleito, tal un pacto condicional inexistente y no acreditado.

Incumplimiento doloso. Daños y perjuicios.— Dado el incumplimiento en el prestatario, de carácter doloso, procede la condena a indemnizar daños y perjuicios, que no se establecen por el solo hecho del incumplimiento, sino una vez acreditada su realidad, que consistió para el prestamista en los intereses que hubo de abonar a la Caja de Ahorros por el tiempo tardado en devolverse la cantidad por el prestatario, cantidad que el primero extrajo del crédito que tenía concedido. (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Compleja situación de hecho en la que es posible discernir la existencia hasta de tres contratos de préstamo, de alguna manera relacionados entre sí, al menos por la identidad de alguno de sus elementos, si bien el pleito sólo se plantea respecto de uno de ellos, pese a los esfuerzos del demandado por demostrar la conexión con alguno de los otros. En síntesis cabe discernir las siguientes relaciones de mutuo: 1.ª «A» tiene abierta una cuenta de crédito con la Sucursal de una Caja de Ahorros; esta relación contractual tiene una incidencia indirecta en el pleito (los intereses de la cuenta sirven de módulo para fijar la indemnización de daños y perjuicios); 2.ª el director de la entidad crediticia solicita de «A» un préstamo algo superior a 4.500.000 pesetas, para atender las necesidades de unos amigos; ésta es la relación jurídica litigiosa; 3.ª el Director entregó a «B» y «C» el talón que recibió de «A», teniendo necesidad de reclamarles judicialmente la devolución del préstamo, cosa no lograda, pese a obtener sentencia firme condenatoria, por haber pactado con los prestatarios el pago en plazos mensuales, no finalizados al iniciarse este pleito.

El Director de la Caja de Ahorros alegó que él no realizó ningún contrato de préstamo, sino que se limitó a intermediar entre «A», de una parte, y «B» y «C», de otra; en casación introdujo la idea del préstamo condicional, rechazada como cuestión nueva. Ha sido notable el esfuerzo del Tribunal Supremo por aislar la relación mutua entre «A» y el Director, del que podemos denominar «préstamo final o de destino», y ciertamente los argumentos son convincentes. Rechazada en la Instancia la alegación de intermediación operada por el Director, no parece verosímil que «A» aceptara el condicionamiento de reclamar el importe de su préstamo sólo cuando lo restituyeran, a su vez «B» y «C». Hay, con todo, una sutil conexión entre ambos préstamos originada por la «atípica» conducta del Director de la Caja, que actuó inicialmente con buena fe, con ánimo de ayudar a unos clientes en apuros, y que luego se va transformando en perjuicio de uno de ellos, hasta el punto de merecer del Tribunal Supremo la calificación de conducta dolosa. Por todo ello debiera rechazarse por principio la intervención de los empleados de las entidades crediticias en operaciones a título personal, aunque sea sin ánimo de lucro (G.G.C.)

112. **Quiebra del comerciante. Presupuesto económico-jurídico.**— El artículo 874 del Código de Comercio exige, para reputar en estado legal de quiebra al comerciante, el sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones, esto es, el presupuesto económico-jurídico que ha de ser tenido en cuenta por el juzgador para la declaración de quiebra, que si nace con la declaración formal en tal sentido, encuentra su ineludible apoyatura en un verdadero sobreseimiento general acusador del pretendido estado de insolvencia definitiva, según el sentido de la legalidad vigente, así como el de la jurisprudencia de este Tribunal. (STS 11 mayo 1985, no ha lugar.)

HECHOS.— Se interpone recurso de casación contra el auto de la Audiencia Territorial que denegó la declaración de quiebra voluntaria solicitada por un empresario. No prospera el recurso. (A.C.S.)

III. DERECHO PROCESAL

113. Beneficio de pobreza. Signos de riqueza.— El Tribunal Supremo desestima la petición del actor de litigar con beneficio de pobreza en el recurso de casación interpuesto por aquél.

La concesión del derecho a la justicia gratuita requiere, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Procesal, literalmente acomodado al 119 de la Constitución, la prueba cumplida de la insuficiencia de recursos para litigar, determinada por el nivel de ingresos económicos no superiores al doble del salario mínimo interprofesional, vigente en el momento de solicitarlo (artículo 14), sin perjuicio de la flexibilidad que en este punto confiere al artículo 15 para las situaciones en que las rentas del demandante rebasen ese *quantum* sin exceder del cuádruplo; teniendo en cuenta, por otra parte, las facultades discrecionales del organismo jurisdiccional cuando «los signos exteriores o modo de vida» apreciables según prudente arbitrio (Sentencias 16 mayo 1947, 4 octubre 1963 y 25 octubre 1964, aplicando el precepto equivalente del texto derogado) permiten llegar a la fundada sospecha de que la condición patrimonial del solicitante excede del límite impuesto por la norma, racional deducción que podrá basarse en el tono ostentoso y de alarde en el comportamiento de quien postula el beneficio (Sentencias 14 junio 1956 y 25 febrero 1961), pertenecer a círculos de recreo y la frecuente concurrencia a establecimientos lujosos (Sentencia 9 diciembre 1966) e incluso la circunstancia de haber mantenido varios pleitos litigando como rico (Sentencia 3 junio 1963). (STS 24 octubre 1985) (A.M.S.)

114. Falta de personalidad del procurador.— No procede estimarla cuando los términos del poder son lo suficientemente claros y concretos, en el sentido de que el otorgante, que asegura su vigencia sin contradicción válida, está apoderado por la entidad bancaria que representa, a virtud de poder que el propio Notario tiene a la vista, y del que resultan, tanto las facultades de representación que le están conferidas, como la de sustituir el poder a favor de Procuradores, facultades que a seguido se transcriben, de donde se deduce la existencia de un apoderamiento correcto y acomodado a la normativa legal y reglamentaria, que conduce al rechazo de la excepción. (STS 16 julio 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

115. Competencia. Compraventa mercantil. Envío de mercancía a porte debido. Acción personal de reclamación del precio. Juez del domicilio del vendedor.— Ejercitándose una acción personal de reclamación de cantidad, derivada de un contrato de compraventa mercantil, en el que no consta que las partes señalaran un lugar determinado para el cumplimiento de sus obligaciones, y acreditado que la mercancía viajó desde Valencia (lugar del domicilio del actor) a Medina del Campo (lugar del domicilio de los demandados), a portes debidos, es decir, a costa y riesgo de estos últimos, es obvio que por aplicación de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.900 del Código Civil, aplicables a las compraventas mercantiles por disposición del artículo 50 del Código de Comercio, corresponde la competencia al Juez del domicilio del vendedor, lugar donde radica su establecimiento mercantil. (Sentencia 15 abril 1985) (G.G.C.)

116. Litisconsorcio pasivo necesario.— Como ha dicho esta Sala en su Sentencia de 15 de abril de 1982, reiterando doctrina anterior, las partes en el proceso no están releva-

das de convocar al mismo a aquellas personas que tengan o puedan tener un legítimo interés en impugnar la resolución que recaiga y puedan ser afectadas por el fallo, pues ello implicaría la posibilidad de dictar fallos contradictorios y afectar con la resolución a dictar a personas que no han sido citadas y oídas en juicio, de aquí que, si la pretendida declaración de nulidad de la escritura de división horizontal, declaración de obra nueva y atribución de cuotas en comunidad, ha de afectar indudablemente a las personas en ella integradas, la absolución en la instancia del pedimento anulatorio reconvenional, establecida por la Sentencia impugnada, es plenamente ajustada a derecho, al no estar correctamente constituida la relación jurídico-procesal, por falta de litisconsorcio pasivo necesario. (STS 8 junio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

117. Arrendamiento de local de negocio. Reclamación de rentas. Legitimación pasiva de todos los herederos del arrendatario fallecido. Litisconsorcio pasivo necesario.— Se ha interpretado adecuadamente el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dado que no reconocida en la resolución impugnada la falta de heredero, ni tampoco la sustitución de todos o algunos de los herederos del arrendatario fallecido, entra en juego la normativa del citado precepto que atribuye vinculación arrendaticia conjunta a todos los herederos, y, en particular, en relación con los débitos emanantes de la continuidad del arrendamiento, cual es el pago de las rentas del mismo en descubierto, existiendo entre todos ellos litisconsorcio pasivo necesario. (STS 24 mayo 1985, no ha lugar.)

118. Inexistencia de contrato de arrendamiento. Prueba de presunciones.— Son hechos básicos y fundamento de la presunción: 1.º la relación de parentesco íntimo —madre e hijo— entre el demandado y la supuesta arrendadora; 2.º la circunstancia de haber tenido la madre de los litigantes su domicilio habitual en el inmueble litigioso, primero con su esposo e hijos y luego con el demandado y su familia; 3.º la falta de documento escrito del supuesto contrato de arrendamiento, no obstante comprender la vivienda y el local en el que el demandado ejercía su industria; la falta de trascendencia a terceras personas del invocado contrato y el silencio de la madre, supuesta arrendadora, respecto al mismo en el acto de otorgamiento de la escritura de donación a su hija, así como el silencio del propio demandado al practicársele el requerimiento notarial previo al desahucio por precario, y el hecho de no haberse intentado el pago de las rentas hasta después de este juicio; 5.º lo exiguo de la merced que se dice pactada; y 6.º la circunstancia de no poder estimarse acreditado que las firmas de los recibos hayan sido puestas con posterioridad a la escritura del texto mecanografiado, ni, aunque así fuera, que la firmante lo hiciera con cabal conocimiento de ese texto. Entre tales hechos y la consecuencia de no haber existido contrato de arrendamiento existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, sin que pueda mantenerse que la deducción sea ilógica, absurda o inverosímil.

Cosa juzgada. No la produce una Sentencia desestimatoria en juicio de desahucio por precario.— El contrato de arrendamiento que «en principio» declaró existente una Sentencia de desahucio al exclusivo fin de evitar que, al amparo de un proceso sumario y rápido que exige términos sencillos y claros en su planteamiento, se solventen situaciones complicadas que requieran una discusión más amplia y rodeada de mayores garantías, ha sido negada por la resolución aquí recurrida y es totalmente intrascendente apoyar el motivo en la presunción de veracidad de la cosa juzgada, dado que la Sentencia desestimatoria del desahucio en precario no produce efectos de cosa juzgada en el presente proceso en el que

se discute la existencia del título arrendaticio invocado, y no su mera apariencia que se estimó entonces suficiente para evitar la declaración de precario.

Carga de la prueba. Artículo 1.214 del Código Civil.— El artículo 1.214 del Código Civil no permite el éxito de un recurso de casación por infracción de Ley más que en los supuestos en que la Sala, en la hipótesis de falta de prueba, haya invertido en su fallo el principio del *onus probandi*, pero no en aquellos otros en los que el Tribunal de Instancia haya obtenido sus conclusiones fácticas tras el debido análisis y valoración de las pruebas practicadas. (STS 10 mayo 1985, no ha lugar.)

Mínuciosa investigación de los elementos fácticos que conducen a la declaración de inexistencia de un contrato de arrendamiento, alguno de cuyos argumentos, no obstante, suscitan dudas. La intimidad de las relaciones entre donante y donataria (madre-hija) ¿no pueden hacer sospechosa la donación de la propiedad del piso, si resulta además que conviven? La exiguidad de la renta ¿no es propia de tales relaciones de parentesco? Salvo falsedad o manipulación ¿no parece excesivo invalidar tres recibos? (G.G.C.)

119. Reclamación de cantidad. Interpretación de cláusula de un contrato. Literosuficiencia de un documento.— Una cláusula por la cual las partes dan como válida la liquidación que se adjunte, renunciando a cualquier otro derecho que pudiera asistirles, no ofrece duda en cuanto a su sentido de que se practicaría una liquidación entre las partes, cuyo alcance no podía ser otro que el de fijar un saldo, que podía ser favorable tanto a una parte como a la otra, con la ineludible consecuencia de que la parte a quien favoreciera podría reclamar de la otra su pago, siendo absurdo interpretar dicha cláusula, como se pretende, que el saldo que resulta a favor de los dueños de la obra no lo pueden reclamar éstos porque habían renunciado a formular cualquier tipo de reclamación; tampoco la interpretación sistemática contenida en el artículo 1.285 del Código Civil, puede conducir a obtener la pretensión antes mencionada de no formular reclamación alguna, pues, aunque en otra cláusula se contiene una renuncia a pedir indemnizaciones comerciales y económicas, esta última cláusula no puede referirse a una renuncia anticipada al saldo que pudiera resultar a su favor en la liquidación de cuentas, pues el concepto de indemnización hay que referirlo a anormalidad en el cumplimiento de un contrato y no cuadra con las consecuencias que han de deducirse de una simple liquidación de cuentas.

La Sala sentenciadora en la instancia ha incurrido en error de hecho al desconocer el significado del documento presentado con el epígrafe «Certificación de acopios», que acreditaba los materiales dejados por la entidad contratista, en el lugar de la obra, y estando expedida dicha certificación por el Arquitecto que dirigía la construcción y reconocida en su realidad por los dueños de la obra, de manera literosuficiente el documento mencionado expresa poder incrementar, con el valor de los materiales dejados, el haber de la sociedad contratista en la liquidación a practicar. (STS 26 abril 1985, ha lugar.) (E.N.S.-R.)

HECHOS.— El origen de esta causa es un contrato de ejecución de obra concertado el 31 de julio de 1975, entre una sociedad, en calidad de contratista, y los dueños de la obra. El inicial contrato de ejecución de obra fue resuelto de común acuerdo por ambas partes el 28 de octubre de 1976, renunciando la entidad contratista a la ejecución de la parte de la obra que restaba por realizar, liquidándose las relaciones jurídicas de los intervinientes en los siguientes términos: «Que ambas partes dan como válidas la liquidación que se adjunte a este documento, renunciando a cualquier otro derecho que pudiera asistirle a ambos».

120. Valor probatorio de las fotocopias.— Que si bien esta Sala ha venido a concluir que las fotocopias no adverdadas carecen de fuerza probatoria de su contenido, también se ha declarado que la Sala de Instancia en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba puede valorar los documentos privados no reconocidos en unión de otros elementos de juicio que se infieran de lo actuado, así como que la norma del artículo 1.225 del Código Civil no impide dar la debida relevancia a un documento privado no reconocido, conjugando su valor con los restantes elementos demostrativos.

Reconocimiento de la autenticidad de un documento privado.— El artículo 1.225 no impone que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, hecho por aquellos a quienes afecta, sea el único medio para probar su legalidad en cuanto ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento por ellas suscrito. (STS 23 mayo 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

121. Prueba testifical.— El artículo 1.248 del Código Civil, de simple carácter admonitivo y no preceptivo, sólo contiene un criterio de prudencia valorativa en la apreciación de las declaraciones testificales, que ni limita ni constriñe la libertad de juicio del Tribunal de Instancia para su ponderación de acuerdo con las reglas de la sana crítica. (STS 16 julio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

122. Prueba pericial.— No goza de la consideración de prueba legal, por la expresa declaración en contrario de los artículos 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.243 del Código Civil, que el propio motivo invoca, preceptos que encomiendan la apreciación de dicho medio de prueba a las reglas de la sana crítica y por lo mismo a su libre apreciación sin estar obligados los Jueces y Tribunales a sujetarse al dictamen de los peritos. (STS 11 junio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

123. Vicios relativos a la admisión o práctica de las pruebas.— La denuncia de estos vicios no puede ampararse, a voluntad del recurrente, en cualquiera de los motivos tercero o quinto del citado artículo 1.693 de la citada Ley de ritos, dado que, atendiendo al rigor formal de este recurso, han de precisarse adecuadamente el precepto o preceptos infringidos y la determinación de la causa en que consiste la infracción. (STS 17 julio 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

124. Prueba testifical.— La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la norma contenida en el artículo 1.248 del Código Civil no tiene carácter preceptivo y si simplemente admonitivo, correspondiendo a los Tribunales de Instancia la apreciación de la mencionada prueba, conforme a las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo quedado sin efecto el antiguo aforismo «unus testis, nullus testis» y, en general, todos los preceptos del antiguo derecho, tasando la repetida prueba.

Prueba de presunciones.— La apreciación del enlace preciso y directo, al estar sometido únicamente a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de Instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para

eliminar como para adquirir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda. (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

125. Congruencia. Doctrina general.— La congruencia únicamente exige del Juzgador un acomodarse a lo que constituye la esencia de las peticiones formuladas por quienes son parte en sus respectivos escritos de la fase de alegaciones; que dicha congruencia afecte única y exclusivamente a la conexión fallo-*petitum*, tomando para ello como punto de partida los hechos alegados por quienes son parte en el proceso y no las fórmulas o las normas jurídicas que las mismas citen y estimen aplicables, por cuanto que, a virtud del hoy principio de derecho *iura novit curia*, el Juzgador se encuentra autorizado para aplicar la norma adecuada a los hechos ofrecidos por los litigantes, sin necesidad de acomodación estricta a la literalidad de sus solicitudes, aunque sí con respecto a lo por ellas pedido. (STS 20 mayo 1985, no ha lugar.)

Véase la Sentencia de 21 de mayo de 1985, en este mismo Anuario, en la que se invoca la misma doctrina sobre la congruencia, pero con resultados opuestos. El supuesto de hecho es radicalmente diferente: aquí se trata del juicio declarativo en que se pide la demolición de unas obras en finca ajena subsiguiente a un interdicto de obra nueva. (G.G.C.)

126. Quebrantamiento de forma. Prueba pericial acordada para mejor proveer.— El motivo debe ser desestimado, no sólo porque en él falta la mención del precepto o principio procesal infringido en la instancia, de inexcusable cita según constante exigencia jurisprudencial, sino porque sobre tal circunstancia opera asimismo la de que la diligencia de prueba que se acusa incorrectamente practicada fue acordada para mejor proveer en Primera Instancia, y es doctrina igualmente pacífica que el uso por el Juzgador de las facultades que le confiere el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser discutido por las partes litigantes ni dar lugar a recurso alguno. (STS 23 mayo 1985, no ha lugar.)

127. Acción ejecutiva cambiaria. Competencia territorial.— Si bien es cierto que en la letra figura una cláusula en la que por el aceptante se dice textualmente: «acepto el domicilio del librador», también lo es que tales términos son insuficientes, por su vaguedad e imprecisión, para determinar una sumisión del deudor, al no derivarse de los mismos un carácter de sumisión expresa, por lo que, no pudiéndose estimar tampoco una sumisión tácita, y tratándose en los presentes autos de una acción ejecutiva para la efectividad de letra de cambio, domiciliada en la ciudad de Ponferrada, lugar del domicilio de la entidad aceptante, debe decidirse la competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de los de dicha ciudad de Ponferrada. (STS 11 julio 1985) (A.C.S.)

128. Acción ejecutiva derivada de letras de cambio. Competencia territorial.— Es doctrina reiterada de esta Sala que el conocimiento de la acción ejecutiva derivada de letras de cambio, cuando en ellas se designa el domicilio del librado aceptante, y en tal población se verificó el protesto de la cambial, viene atribuido a los Juzgados del domicilio de dicho librado, que en el caso que se examina es Albacete. (STS 15 julio 1985) (A.C.S.)

129. Acción ejecutiva derivada de letras de cambio. Competencia territorial.— Que si bien es cierto que en las acciones ejecutivas cambiarias la competencia territorial viene atribuida al Juez del lugar donde la letra haya sido domiciliada para su pago, tal normativa competencial quiebra en aquellos supuestos en que existe sumisión expresa a otro Juzgado o Tribunal, entendiéndose la misma producida cuando en el lugar correspondiente al acepto figura la locución «acepto cantidad, vencimiento y domicilio y la competencia de los Tribunales de Zaragoza», sin que sea obstáculo a ello el que el juicio ejecutivo se basara en letras domiciliadas en otro lugar, ni tampoco que no conste la renuncia al propio fuero, a que alude el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que es doctrina jurisprudencial uniforme que no es preciso emplear las mismas palabras que el precepto, bastando que se deduzca de su expresión, aunque no se haga renuncia expresa. (STS 24 mayo 1985) (A.C.S.)

130. Exequator de laudo arbitral pronunciado en Inglaterra. Requisitos según convenio de Nueva York de 1958. Traducción de documentos.— El artículo 4.º, párrafo 2.º, del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras tiene previsto que la versión al idioma oficial del país en la que se invoque la resolución puede ser efectuada «por un traductor oficial o un traductor jurado», supuesto el último que aquí concurre.

Necesidad de autenticar fotocopias de documentos.— Las fotocopias cuya autenticación se reclama son las relativas a documentos (póliza de fletamento y anexos) que fueron tenidos en cuenta por el Juez árbitro inglés al dictar su sentencia o laudo, y es a ese Juez al que correspondía su valoración formal y sustantiva, competencia que en modo alguno puede ahora ser revisada por afectar al fondo del asunto, y estar excluido su conocimiento al juicio o comprobación del *exequator*, dados los términos taxativos del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

«Apostillas» del poder.— Si bien es cierto que en la escritura del poder del solicitante no figura la apostilla, si viene adornada con la legalización, con lo que se cumple el fin esencial de la autenticación del documento.

Inexistencia de indefensión.— Del testimonio del laudo firme que se acompaña, firmeza declarada por la suprema jurisdicción británica, resultan con toda claridad y fehacencia los distintos comunicados, requerimientos y citaciones dirigidas por la parte y por el árbitro designado a la sociedad demandada, de tal suerte que ésta en modo alguno puede objetar situación de inferioridad o desamparo constitutiva de indefensión, pues, según también se ha reiterado por este Tribunal, lo que permite al mismo denegar el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera, según el artículo 5.1, A), del Convenio de Nueva York, es que la parte no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o que no haya podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos, y todo ello sin que la simple incomparecencia, que puede ser debida a comodidad o interés de la parte, pueda ser calificada de rebeldía a los efectos del número 2.º del artículo 954 de la Ley Procesal (Auto 29 marzo 1985) (G.G.C.)

131. Nulidad de laudo arbitral. Compraventa de terreno. Integración del contrato.— La Ley de 1953 delimita la figura del arbitraje, distinguiéndola de otras afines, y declarando en el párrafo 2.º del artículo 2.º que «no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar

una relación jurídica no definida totalmente», pues, «en este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular, que hoy en cada supuesto se establece», que es lo que han efectuado los árbitros en este caso, consistente en instalar dentro del contrato de compraventa de un terreno, todo un procedimiento, ciertamente complicado, para ventilar si el terreno compensatorio puede o no puede ser urbanísticamente utilizado, incorporándolo al que forma parte de la segunda fase, objeto del contrato, lo cual no es interpretar la cláusula, sino completarla, imponiendo complejas actividades, ni siquiera *in fieri* queridas al contratar, olvidando que su misión es decidir la controversia a partir de lo convenido *inter partes*, y que excede de su misión por caer fuera de los términos del compromiso el crear *ex novo*. (STS 2 mayo 1985, ha lugar.)

132. Recurso de casación.— Si bien es cierto que la reforma introducida en el recurso de casación por la ya citada Ley 34/1984, de 6 de agosto, restringió el riguroso formalismo de la Ley Procesal Civil, flexibilizándole, ello ha de entenderse en el sentido de estimar que la infracción denunciada, cual señala la Exposición de Motivos de la reforma, viene «referida a las normas del ordenamiento jurídico», como expresión del derecho en su conjunto, esto es, comprensivo, no solamente de la Ley, sino también de la costumbre, principios generales del Derecho y jurisprudencia, en la función que la norma atribuye, mas no en el de considerar a este Tribunal como un órgano cuya misión consiste en inquirir cuáles de los artículos del Código Civil que se citan son los infringidos y cuáles los aplicables. (STS 15 octubre 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

133. Recurso de casación. Infracción de normas del ordenamiento jurídico. No incluyen las ordenanzas de garaje del Ministerio de la Vivienda.— Si bien el nuevo texto del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sustituye el concepto o mención de «Ley» por el más amplio de «normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia», ello no quiere significar que el fin genuino de la casación, esto es, la nomofilaquia o defensa del derecho subjetivo, pueda extenderse hasta una Ordenanza sobre garajes, prescindiendo de la doctrina jurisprudencial restrictiva sobre el particular, y en segundo término porque la Sentencia recurrida descarta la subsunción del caso conflictivo en la Ordenanza de 16 de mayo de 1974, inaplicable al programa de construcción de viviendas de 1973. (STS 8 julio 1985, no ha lugar.)

NOTA.— Destaca el carácter continuista en este punto de la interpretación del nuevo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la referencia a las normas del ordenamiento jurídico se hace, según esta sentencia, para acomodarse a la dicción del artículo 1.º del Código Civil, y se recuerda, igualmente la doctrina tradicional, según la cual la casación no se daba respecto de normas puramente administrativas, en este caso, de ínfima categoría, como las Ordenanzas (G.G.C.)

134. Carácter de la casación después de la reforma de 1984.— De antiguo, la casación española ya no era pura casación, porque admitía, a través del portillo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posibilidad de revisar los hechos y no sólo la aplicación judicial de las normas, es decir, la eventualidad de enjuiciar el fondo material del asunto (*ius litigatoris*), aparte de la función propiamente originaria de la casación, pensada para la unificación, mediante la jurisprudencia, del entendimiento y aplicación de las normas como garantía del respeto general a la Ley (*ius constitutionis*); la

reforma introducida por la Ley de 6 de agosto de 1984 ha venido a acentuar más esa función de defensa del particular litigante al ampliar el ámbito del antiguo número 7.º, hoy número 4, con su dicción de «error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios», que es matizada y precisada por el artículo 1.707, al decir que «también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados los documentos o informes aducidos en demostración del error en la apreciación de la prueba», lo cual permitirá a este Tribunal, a instancia y prueba de la parte, una revisión más profunda, convirtiéndole en Juez más que en Tribunal de casación, con sus ventajas e inconvenientes, según la óptica político-judicial que se adopte y se defienda.

Procesos de propiedad industrial. Posibilidad de reconvenición.—Cabe reconvenir si el que lo hace cumple lo dispuesto en las reglas 1.ª y 2.ª del artículo 270 del Estatuto, es decir, pidiendo, a través del Juez, la remisión por el Registro del expediente administrativo relativo a la concesión que se impugna al reconvenir, con la lógica suspensión del trámite procesal que acuerde el Juez competente.

Modelo de utilidad. Novedad. Modificaciones accesorias.— El artículo 171 del Estatuto otorga la concesión del registro a aquellos modelos de utilidad para instrumentos, herramientas, dispositivos, etc., que aporten a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo o una economía de tiempo, energía o mano de obra, o un mejoramiento en las condiciones higiénicas o psico-sociológicas del trabajo; lo que la Ley exige es que el modelo revista cierta importancia y trascendencia y no sólo modificaciones y ventajas accesorias, y en tal sentido se manifiesta la jurisprudencia (Sentencias de 11 marzo 1985, 26 noviembre 1983 y 16 julio 1984) (STS 15 noviembre 1985, ha lugar.)

NOTA.— Sentencia docta (Pte. De la Vega Benayas) que adocina sobre la nueva fisonomía que la reforma de 1984 ha tratado de imprimir al recurso de casación, especialmente en el controvertido tema de los hechos probados y respecto del cual tan reiteradamente se manifestó la Sala 1.ª. Encomiable también el esfuerzo interpretativo sobre el proceso de propiedad industrial, tan deficientemente regulado en el Estatuto. (G.G.C.)

135. Quebrantamiento de forma. Desistimiento de procurador en apelación.— El recurrente se personó en apelación por medio de Procurador, quien, con fecha de 20 de julio de 1982, presentó escrito desistiendo de la representación «por motivos de delicadeza», desistimiento que se hizo saber por la Sala al interesado para que se personase mediante otro Procurador debidamente apoderado en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de que, en su defecto, se tendría por abandonada la apelación y por firme y consentida la resolución acordada; plazo que transcurrió sin que se presentase otro escrito de personación en su nombre, ni se hiciera por el mismo manifestación alguna, lo que motivó el Auto que tiene por abandonado el recurso de apelación interpuesto, que debe ser confirmado, pues lejos de quebrantar ningún precepto de Ley, se limitó a observar lo que ésta ordena, siendo inoperante la alegación de que «se entendió que el Procurador desistido continuaba ostentando la representación».

Causas de inadmisibilidad.— No aparece cumplimentada la exigencia del número 4.º del artículo 1.752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la falta que se denuncia no fue reclamada oportunamente, pudiendo haberlo hecho, conforme al artículo 1.696 de la misma Ley, que considera «indispensable que se haya pedido la subsanación en la instancia en

que se cometió», en este caso, mediante recurso de súplica, y, además, no se indica el precepto o preceptos concretos de la Ley que se consideran infringidos. (STS 28 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

136. Quebrantamiento de forma. Denegación de prueba.— De una parte, no es viable apoyar un recurso de casación por quebrantamiento de forma en la falta de admisión y práctica de una diligencia instada para mejor proveer el Juzgado; y de otra, la petición de que se aportase la ficha contable, fue actuada por el Juzgado con toda la diligencia posible, pues aparece que practicó el requerimiento a la entidad en el primero de los días del plazo probatorio, plazo que transcurrió sin otra pretensión de la parte ejecutada proponente, y sin que ni el Juzgado ni la Audiencia conceptuasen esencial el examen de la misma, que no fue traída a la vista para mejor proveer, siguiéndose que no se ha producido con la debida claridad el supuesto del número 2.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni concurra la causa de nulidad del juicio que contempla el número 3.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referible a casos de indefensión (STS 13 mayo 1985, no ha lugar.) (G.G.C.)

137. Casación por quebrantamiento de forma. Doctrina general.— Es reiterada la doctrina de que el carácter eminentemente formalista y excepcional del recurso de casación por quebrantamiento de forma exige, como presupuestos que le hagan viable, además de la infracción contra la que han de agotarse los recursos legales, la cita concreta del precepto o principios procesales, cuya inobservancia determina la falta de un requisito esencial de forma y, en su caso, la indefensión producida.

Diligencias para mejor proveer.— Las diligencias para mejor proveer son de uso facultativo y soberano del Juzgado o Tribunal que conozca del litigio, y su utilización o no, no puede ser discutida por las partes, ni dar lugar a recurso alguno.

Prueba pericial no practicada por causa imputable al proponente.— La falta de verificación de la prueba pericial, que fue admitida en Primera Instancia, no encuentra otra causa que la demora en instar las fases sucesivas de este instrumento probatorio, dentro de los límites de tiempo que marca la Ley Procesal y señalado en concreto en las resoluciones de trámite del órgano judicial. (STS 20 enero 1986, no ha lugar.)

138. Recurso de revisión.— Sólo puede tener como fundamento que haga permisible su viabilidad la concurrencia de alguna de las causas taxativamente previstas en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo ser interpretadas las causas de revisión de manera estricta, sin extenderlas a casos no especificados en el texto legal, de suerte que para el éxito de la demanda de revisión no ha de producirse la menor duda acerca de la procedencia de los motivos en que la misma se funde, destacando la Sentencia de 21 de febrero de 1983 que para el éxito de la pretendida anulación no habrá de existir duda racional sobre la certeza de la causa alegada para fundamentarla, y por lo que se refiere al empleo del fraude su estimación ha de basarse en prueba irrefutable, demostrativa de que la sentencia se ha ganado por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente y ostensible entre el proceder malicioso y la resolución judicial. (STS 18 abril 1985, no ha lugar.) (A.C.S.)

139. Recurso de revisión. Tacha testigos.—En un juicio de arrendamientos urbanos seguido contra el recurrente había intervenido como testigo el Abogado de la actora en dicho juicio. El demandado y ahora recurrente había tachado a tal testigo, sin que fuera estimada la tacha, y siendo firme la Sentencia dictada en tal pleito, se formula ahora recurso de revisión al amparo de los números 2 y 5 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso de revisión, y afirma que la esporádica actividad profesional de un Abogado en actuaciones que directa o indirectamente afecten a una determinada persona, en manera alguna puede significar por sí sola, al tiempo de prestar declaración, el carácter de socio, dependiente o criado del que lo hubiera presentado, a que alude el número 660, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que este precepto, al considerar la dependencia, se contrae no a la esporádica o accidental, sino a la habitual que genera servicios retribuidos, como tampoco la situación de intimar amistad o enemistad manifiesta que contempla el n.º 5 del citado artículo 660, dado que esas situaciones no son consecuencia de una accidental intervención profesional, sino de lazos afectivos vinculantes derivados de relaciones afectivas sentimentales que no necesariamente se producen en las relaciones de índole meramente profesional, que por su propia naturaleza, de no darse circunstancias especiales, se producen con independencia de situaciones amistosas personales.

Por lo demás, la tacha de testigos no acogida en instancia no da lugar, por su reducida consideración; a causa de revisión, pues solamente el falso testimonio enjuiciado en vía penal posibilitaría la revisión al amparo del artículo 660, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (STS 12 noviembre 1985) (A.M.S.)