

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

II. Sentencias

A cargo de: Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERO
Luis FELIPE RAGEL SANCHEZ
M.^a Paz SANCHEZ GONZALEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Prescripción extintiva de la acción para reclamar el mejor derecho a ostentar un Título Nobiliario.—En casos como el presente, relativos al mejor derecho genealógico a un Título Nobiliario, en los que el derecho del padre es anterior y preferente al del hijo, sería un contrasentido que aquél viniese obligado a ejercitar la acción a nombre de éste por ser menor de edad, contradiciendo su personal actitud respecto de su propio derecho anterior y preferente. Será, pues, a partir del día en que el actor o litigante haya alcanzado la mayoría de edad cuando deba iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo, que en estos casos será de quince años por tratarse de una acción personal, habida cuenta que hoy en día, según reiterada jurisprudencia de la Sala y del propio Tribunal Constitucional (sentencia de 24 de mayo de 1982), los Títulos Nobiliarios son meras distinciones u honores, sin otra vinculación o significación patrimonial directa, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales sin término especial de prescripción. En el caso de autos resulta que el actor, hoy recurrido, alcanzó su mayoría de edad a los veintiún años el 25 de enero de 1964, lo que significa que dejó transcurrir el plazo citado de prescripción antes de interponer la demanda de conciliación que se concretó en un acto conciliatorio sin avenencia, celebrado el 23 de febrero de 1979, actos que precedieron en casi un año a la demanda principio de estas actuaciones. Y al no estimarlo así, la sentencia recurrida incide en la infracción denunciada en este tercer motivo. (STS de 20 de febrero de 1988, ha lugar.) (L.F.R.S.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Libertad de expresión. Limitaciones.—La libertad de expresión, institucionalizada como uno de los derechos fundamentales de las personas por la Consti-

* Coordinador: Antonio Cabanillas Sánchez.

tución (artículo 20.1), tiene unas limitaciones institucionalmente señaladas, y de ahí que la doctrina de esta Sala haya venido estableciendo que la libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución gratuita a persona identificada de hechos que, inexcusablemente, le hacen desmerecer en el público aprecio y reprochables de toda evidencia, sean cualesquiera los usos sociales del momento.

Responsabilidad solidaria de autores, editores y directores por las difamaciones contenidas en las publicaciones.—El artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta mantiene su vigencia en cuanto a la responsabilidad solidaria de autores, editores y directores por las difamaciones contenidas en las publicaciones en que se verifiquen o dirijan y es consecuente y compatible con el derecho de rectificación regulado por la Ley Orgánica de 26 de marzo de 1984. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a la información aparecida en una publicación de alcance nacional, el perjudicado demandó solidariamente al presidente del consejo de administración, al director de la publicación y a los autores del reportaje, por vulneración del derecho fundamental al honor y a la propia imagen, solicitando una determinada indemnización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En línea con la doctrina de esta sentencia hay que tener también en cuenta la de las sentencias de 22 de octubre de 1987 y 23 de marzo de 1986, que anotamos en este Anuario (1988, III, pp. 916-917, y 1987, III, pp. 1012-1013) (A.C.S.).

3. Condición de hidalgo. Dato irrelevante en nuestro actual ordenamiento jurídico.—El hipotético supuesto de ser el actor descendiente de quienes disfrutaron en el Antiguo Régimen la condición legal de hidalgos con las exigencias y privilegios entonces inherentes a tal condición estamental, es cuestión que nuestro actual ordenamiento jurídico no contempla ni regula, siendo, por tanto, tal dato irrelevante para el Derecho. De ello resulta que el actor carece de derecho y de acción para postular del órgano jurisdiccional la pretendida declaración de hidalguía. (STS de 16 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos autos en juicio de mayor cuantía sobre declaración de hidalguía. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

4. Compraventa de inmuebles. Pago aplazado. Resolución por incumplimiento. Doctrina general. No hay voluntad rebelde al cumplimiento.—Para que la acción resolutoria por incumplimiento contractual pueda prosperar es preciso que se acrediten los requisitos siguientes: 1.º) la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2.º) la reciprocidad de las prestaciones estipuladas

en el mismo, así como su exigibilidad; 3.º) que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de Instancia; 4.º) que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste, que le origine de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable, actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante, y 5.º) que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, habiendo sentado este Tribunal que, en principio, la declaración sobre el cumplimiento o incumplimiento por parte de los contratantes es una cuestión fáctica, si bien puede constituir una cuestión de derecho cuando la base para la determinación del incumplimiento esté en la trascendencia jurídica de los actos realizados.

«Mora creditoris»: Incumplimiento del vendedor.—En el contrato nunca fue convenido plazo para la entrega del local, por lo que, una vez terminado éste, era de justicia conmutativa que, aceptadas y recibidas letras de cambio por el resto del precio y sin sospechas de quedar aquéllas impagadas, se procediese por el vendedor a la entrega del bajo; por ello no existió una voluntad deliberadamente rebelde a cumplir con su obligación por parte del comprador, sino el propósito de acatar el contrato y provocar su observancia por el contraparte, quien había inicialmente incumplido sus obligaciones al dejar de entregar al comprador, pese a tenerlo desde hacía tiempo terminado y haber éste abonado una parte importante del precio y aceptado letras por el resto, siendo precisamente esta falta de adecuado cumplimiento del vendedor la que provocó el impago de las restantes cambiales por el comprador (STS de 29 de febrero de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Hay en el proceso datos indiciarios sobre una conducta poco clara de la parte vendedora. Se trata de la compra de un local en construcción con pago adelantado de parte del precio mediante letras de cambio aceptadas. Una vez satisfecho algo más de la mitad del precio total y cuando a otros compradores se les había entregado el suyo aun debiendo cantidades superiores, se reclama la entrega del local. Responde el vendedor conminando la entrega del resto del precio bajo amenaza de resolución, a lo que accede el comprador consignándolo en poder de un Notario. El vendedor rechaza el pago. El comprador solicita el cumplimiento del contrato, mientras que el vendedor reconviene instando la resolución.

Quizá la afirmación más importante sea que, anticipándose el pago del precio, una vez abonado la mitad del mismo, sin existir sospecha de insolvencia, debe el vendedor entregar las llaves, lo que el Tribunal Supremo califica ser de justicia conmutativa, aunque acaso pueda rectificarse en el sentido de ser de equidad, dado que no se había señalado fecha de entregas. Aletea la sospecha de que el vendedor recibió ofertas superiores por el local vendido. La solución del caso es de alabar. (G.G.C.)

5. Compraventa de un piso. Resolución por falta de pago del precio.—Es doctrina pacífica la que viene entendiendo la estrecha vinculación entre los postulados de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, pregonándose un carácter

de generalidad con respecto al primero y obedeciendo el segundo al principio de especialidad, entrando en juego este precepto cuando de compraventa de inmuebles se trata y en que, tras el requerimiento hecho por el vendedor, se pone de manifiesto una voluntad rebelde o de simple negativa a pagar el precio o parte de él adeudado, entrando así en juego el dispositivo resolutorio. (STS de 8 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de un piso, en el que figuraba una cláusula resolutoria expresa por falta de pago del precio, el comprador no atendió al pago de una letra de cambio, por lo que, tras requerirle notarialmente para que pagara lo debido, el vendedor demandó la resolución del contrato.

El Juez de Primera instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda de resolución. No prospera el recurso de casación.

6. Venta de objeto inservible. Resolución del contrato.—A la venta de objeto inservible es aplicable el artículo 1.124 del Código civil, sin que se pueda pretender que el comprador pague el precio en estos casos, con independencia de que la compraventa sea civil o mercantil. (STS de 29 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante compró 23 máquinas de juegos recreativos, comprobando posteriormente que no eran nuevas y que, además, eran defectuosas.

Estimando parcialmente el recurso, la Audiencia Territorial decretó la resolución de la compraventa. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En lugar de aplicar la normativa del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos, se acude directamente al artículo 1.124 del Código civil, partiendo de la base de que las máquinas recreativas resultan inútiles al fin perseguido. (A.C.S.)

7. Compraventa de inmuebles: Reclamación del precio aplazado: Plazo tácito: Fijación por los Tribunales: Plazo en beneficio del deudor.—Si bien existía una indeterminación en la concreción de la fecha en que sucesivamente debería ir siendo abonado el precio aplazado, el análisis de la prueba impedía atribuir una responsabilidad exclusiva en tal indeterminación a ninguna de las partes, por lo que la solución que mejor se adaptaba a la controversia era la fijación al deudor de un plazo máximo de dos meses, con fundamento legal en el artículo 1.128 del Código civil, de aplicación cuando se ha querido conceder un plazo para el cumplimiento de la obligación y éste, por las razones que sean, no resultó determinable con base cierta, fijándose un período relativamente breve de dos meses, habida cuenta el tiempo transcurrido desde que se perfeccionó el contrato de compraventa.

«**Exceptio inadimpleti contractus.**»—No cabe invocarla alegando que la falta de pago se debió a que la vendedora no presentó en ningún momento para su aceptación las letras de cambio en que se instrumentaba el precio aplazado, pues se ha declarado probado que tal hecho no es responsabilidad exclusiva de ninguna de las partes, y, por otra parte, la pretensión del recurrente, oponiéndose al pago, no sólo es gravemente injusta, sino también contraria a la clara intención de

los contratantes, que en modo alguno fue demorar el pago tantos años como de hecho ha ocurrido, y que acarrearía un beneficio completamente injustificado para los compradores que, al cabo de disfrutar de la finca varios años sin pagar la mayor parte del precio, se verían favorecidos con un nuevo e importante aplazamiento. (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—De los hechos declarados probados resulta una conducta un tanto extraña de la vendedora, la cual el 15 de abril de 1977 vende varias parcelas de terreno por importe que excede de los 6.000.000 de pesetas, recibiendo en el acto 415.000 pesetas, debiendo satisfacerse el resto en diferentes plazos que se documentaban en letras de cambio, que se aceptaban en el acto, según el contrato privado, pero en realidad nunca se produjo la presentación de las mismas sin que la vendedora haya dado una explicación de este hecho, y sí otro pago parcial de escasa cuantía. En febrero de 1985 la vendedora reclama el precio no pagado, más los intereses, estimándose la demanda íntegramente en primera instancia, pero en apelación se revocó lo relativo al abono de intereses y se fijó a los compradores un plazo de dos meses para efectuar el pago a partir de la fecha de la sentencia. Dicho plazo fue aceptado por los compradores en la vista de la alzada.

Está claro que este recurso de casación sólo tiene una finalidad dilatoria al oponerse a la fijación del plazo tácito, respecto del cual cabría invocar la prohibición de ir en contra de los propios actos. Es insostenible, por lo demás, la alegación de la *exceptio inadimpleti contractus* pues podrían haber consignado los sucesivos vencimientos.

La aplicación del artículo 1.128 se basa, más bien, en una razón de analogía dado que la obligación había establecido la fecha en que vencía la última de las letras que no fueron presentadas a aceptación, y también parece inspirarse en motivos de equidad y justicia conmutativa, pues durante ocho años los compradores disfrutaron de las parcelas por las que han abonado menos de la décima parte del precio pactado. Por otro lado, la vendedora ha incumplido la obligación de presentar las letras a la aceptación, aunque el Tribunal Supremo no parece haber encontrado culpa exclusiva en ninguna de las partes.

Dice Montes Penades (*Comentarios Albaladejo*, Tomo XV, Vol. 2, Madrid, 1983, pp. 113 y s.) que la fórmula del precepto, no muy afortunada, no equivale a la falta de señalamiento del plazo, sino a un señalamiento de plazo, cuya duración o cuya determinación temporal queda sin fijar, y, por ende, presupone un plazo tácito o implícito. En el presente caso no se trata de transformar una obligación pura en una obligación a plazo, sino en conceder un nuevo aplazamiento (facultad que se otorga a los Tribunales en el artículo 1.124, pero aquí no se ejercitaba la acción resolutoria por incumplimiento, sino, cabalmente, la del cumplimiento de la obligación largamente diferida).

Por las razones indicadas es plenamente de aceptar la argumentación del Tribunal Supremo y la desestimación del recurso. (G.G.C.)

8. Responsabilidad del promotor-vendedor por vicios de construcción.—A efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, es doctrina pacífica en

la jurisprudencia la de la equiparación del promotor al contratista, incluso cuando hubiese contratado con una empresa la ejecución material de la obra.

Carga de la prueba.—El llamado principio de la carga de la prueba, que en nuestro sistema positivo ha encontrado su asiento en la formulación contenida en el artículo 1.214 del Código civil, es un principio subsidiario, que sólo entra en juego para el supuesto de que no exista prueba alguna, importando poco quién o quiénes de los litigantes la hayan aportado. (STS de 22 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Dos comunidades de propietarios demandaron al promotor-vendedor y a C.C.S. por presentar graves defectos de construcción las viviendas adquiridas.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó a los demandados a indemnizar a los demandantes por los daños sufridos. No prospera el recurso de casación.

9. Vicios de construcción. Concepto de ruina.—El término ruina que utiliza el artículo 1.591 del Código civil hay que entenderlo, no sólo en el sentido de ruina física, sino ampliado a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una auténtica violación del contrato, viniendo a significar defectos constructivos graves o inadecuados al fin o destino de la obra. (STS de 1 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso de autos la entidad demandada no ha adecuado la construcción contratada, consistente en la elaboración de proyecto, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta de una nave industrial de conservas, a la situación real y específica de la actividad industrial a desarrollar, ubicándose la factoría en un ambiente altamente salobre, lo cual determinó una rápida oxidación y corrosión de los elementos metálicos integrantes de la estructura.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de indemnización del valor que asciende la reparación de los defectos. No prospera el recurso de casación.

10. Graves defectos de construcción. Concepto de ruina.—Los defectos graves que exceden de las simples y meras imperfecciones corrientes significan una suerte de ruina potencial, como todos aquellos que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia.

Responsabilidad del promotor. Defectos ocultos que no están sometidos al plazo de seis meses del artículo 1.490. Aplicabilidad del artículo 1.591 y de los artículos 1.101 y 1.124.—La doctrina de esta Sala no estima como defectos ocultos sujetos al plazo de prescripción de seis meses, aquellos que por su entidad física o funcional y habida cuenta del contrato supongan un incumplimiento contractual que acarrea la ruina potencial de lo vendido y, desde luego, la ruina funcional de la vivienda, encajando el supuesto en el artículo 1.591, así como en los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, que legitiman pasivamente al promotor-vendedor de las viviendas para responder de las consecuencias indemni-

zatorias, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por la inconcreción de responsabilidades.

Plazo de prescripción de la acción.—Las acciones de los compradores adquirentes de las viviendas contra el promotor-vendedor están sujetas a la prescripción de quince años del artículo 1.964 (Sentencias de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987 y 13 de julio de 1987).

Nulidad de la cláusula de renuncia a reclamar por vicios de construcción.—La cláusula en que los compradores renuncian a reclamar nada al vendedor al dar su conformidad al estado de la vivienda, no puede ser justo soporte de hecho de una exoneración de culpa, por lo que la eficacia de la cláusula es civilmente nula. (STS de 12 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Los compradores demandaron con carácter solidario al promotor, al contratista y al arquitecto por los graves defectos de construcción que presentan las viviendas adquiridas, solicitando la subsanación de los mismos e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Estamos en presencia de una sentencia importante para configurar la responsabilidad del promotor por presentar vicios de construcción las viviendas vendidas.

En primer lugar, nuestro Tribunal Supremo parece que considera inaplicable el artículo 1.484, en relación con el 1.490, cuando los vicios son productores de ruina, entendiéndose la ruina en sentido muy lato. Con anterioridad, de manera más contundente, en la sentencia de 20 de junio de 1986 se afirma que los defectos de construcción del muro del chalet productores de un derrumbamiento o ruina no son tipificables en el artículo 1.484, sino subsumibles en el artículo 1.591 como determinantes de la ruina de la obra.

A nuestro juicio, es admisible la doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento y la de responsabilidad decenal, cuando la vivienda vendida presenta vicios de construcción (*vid.* Morales: *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, «ADC», 1982, pp. 670 y ss.; Cabanillas: *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, «ADC», 1982, pp. 878 y ss.), en la medida en que, en relación con cada una de estas acciones, se cumplan sus presupuestos de aplicación. En cambio, no creemos que por ser el vicio determinante de la ruina, deba excluirse la posible aplicación del artículo 1.484, que parte, precisamente, de la gravedad del vicio. Además, en un orden práctico, puede convenir al comprador ejercitar las acciones edilicias en lugar de las generales de incumplimiento o la de responsabilidad decenal del artículo 1.591, por razones de carácter probatorio (Morales: *El alcance protector de las acciones edilicias*, «ADC», 1980, p. 682).

En segundo lugar, la afirmación de que la acción prescribe a los quince años, constituye un claro exponente de que nuestro Tribunal Supremo está

afirmando la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal del artículo 1.591, aunque afirme en bastantes sentencias que tiene origen legal, lo cual no constituye un argumento en contra (cfr. artículo 1.258 del Código civil).

Por último, muy acertada es la declaración de nulidad de la cláusula de renuncia a reclamar por vicios de construcción que determinan la ruina del edificio, ya que, a nuestro juicio, estamos ante una responsabilidad fundamentada en razones de orden público (la seguridad pública), por lo que es aplicable el límite del artículo 6.2 del Título Preliminar. En la anotación a la sentencia de 5 de abril de 1984 («ADC», 1985, pp. 231-232) no compartimos la solución propugnada por el Tribunal Supremo, al declarar la validez de la cláusula que eximía de responsabilidad al contratista por vicios de construcción causados por su conducta culposa o negligente. (A.C.S.).

11. Contrato del arquitecto. Obligaciones.—Se inscribe en las prestaciones propias de la relación contractual entre dueño de la obra y arquitecto, tanto la obligación de redactar un proyecto susceptible de ejecución por definir de modo preciso las características de la obra con adopción y justificación de soluciones, sin haber de ser completado, o sea, bastante para llevarse a efecto con el resultado de una edificación que satisfaga el fin que el dueño se haya propuesto, ofreciendo la determinación completa de detalles y especificaciones (prestación que se aproxima a un arrendamiento de obra, siendo el proyecto el resultado comprometido), como, en la fase de ejecución de la obra, la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización ajustada al proyecto y según la *lex artis*. (STS de 26 de marzo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se construyó una urbanización por quienes eran copropietarios del solar, mediante contratos parciales con empresas constructoras, siendo una sola la dirección técnica del conjunto. Al ser ocupado en una mínima parte la urbanización se empezaron a reventar por acción del frío las conducciones de la red de distribución de agua potable. La comunidad de propietarios demandó por ello a los que intervinieron en la construcción, solicitando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación. Prospera también en parte el recurso de casación.

12. Contrato de extracción de turba: Resolución por incumplimiento: Extracción en parcela distinta de la contratada.—La parcela objeto del contrato se encuentra enclavada en finca del cedente de mayor extensión, y se declara probado que los operarios del cesionario extrajeron la tierra orgánico-turbosa a ambos lados del llamado Camino Nuevo, límite éste de la parcela, apreciándose un incumplimiento contractual voluntario al extralimitarse apoderándose *manu militari* de aprovechamientos que no le habían sido cedidos, sin que pueda achacarse a confusión o inconcreción en los límites, por ser inequívoca la mención del camino como lindero en el contrato, y porque de haber confusión se hubiera extraído

la turba en uno solo de los lados, aunque no fuera el contratado, pero la extracción en los dos márgenes no puede atribuirse más que a la mala fe.

Buena fe objetivo: artículo 1.258.—Como señaló la sentencia de 8 de julio de 1981, reiterada posteriormente, la buena fe a que se refiere este precepto, no es la subjetiva (creencia, situación psicológica), sino la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código civil, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, informador del total ordenamiento jurídico.

Indemnización de daños y perjuicios.—No es una pena que se imponga al incumplidor causante de ellos, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y, por ello, si la reparación tiene que ser total para restablecer el equilibrio y situación anterior al incumplimiento, ha de hacerse sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación.

Congruencia.—Basta que el fallo guarde acatamiento a la sustancia de lo pedido para que el principio de congruencia quede cumplido, sin que sea necesaria una conformidad rígida y literal con las pretensiones ejercidas, pues lo importante es que las declaraciones del fallo tengan la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate (STS de 20 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Doctrinalmente puede interesar calificar la naturaleza del contrato en virtud del cual el propietario de una parcela, situada en una finca de mayor amplitud, cede la tierra orgánico-turbosa que el cesionario extrajese, en las condiciones marcadas por los organismos oficiales, por un precio alzado de 4.000.000 de pesetas. Ni por las partes ni por el Tribunal Supremo se entra a definir la clase de contrato celebrado, probablemente porque la cuestión no incide en el fallo. Parece que se trata de la compraventa de parte integrante de un inmueble por naturaleza que se moviliza mediante la separación o extracción. Surge el litigio al extralimitarse el cesionario en las tareas de extracción, dado que el contrato fijaba con claridad la parcela cedida y aquélla se había realizado en otra adyacente. Es dura la calificación que hace la sentencia de esta intromisión: «apoderamiento *manu militari*», que hace pensar en una acción delictiva. Con base en este hecho el cedente solicita la resolución ex artículo 1.124. Ingeniosamente (así lo califica la sentencia) el cesionario alega que tal hecho no constituye un incumplimiento contractual aunque puede dar origen a otras acciones, pero el Tribunal Supremo invoca la buena fe ex artículo 1.258 y declara existente una actuación de mala fe en la ejecución del contrato que funda la resolución. La calificación y su consecuencia parece acertada dado que el hecho guarda relación estrecha con lo pactado (sin el contrato no se hubiera producido probablemente la intromisión), y la cuidadosa delimitación de la parcela a excavar suponía una prohibición implícita de beneficiarse de la turba existente en otros lugares.

La sentencia estima parcialmente el recurso interpuesto por el cesionario en relación con la cuantía de la indemnización reclamada dado que la Audiencia Territorial la había fijado en cantidad superior a 6.000.000 de pesetas, mientras que en virtud de otras consideraciones el Tribunal

Supremo la reduce a 1.611.652 pesetas. Curiosamente, la sentencia del Tribunal Supremo modifica la condena en costas imponiendo la de ambas instancias al recurrente en atención a su temeridad y ello pese a haber estimado parcialmente su recurso (¿intento compensatorio al reducir tan drásticamente la cuantía de la indemnización?) (C.G.C.).

13. Fianza: Subrogación del fiador por pago: Efectos: Artículo 1.839 del Código civil.—A virtud del artículo 1.839, esto es *ministerio legis*, por el pago surge la subrogación que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón al crédito en que se subroga es su sucesor, sin que, a estos efectos, se pueda hablar de nacimiento de un derecho, como puede ser el de ser indemnizado *ex artículo* 1.838; lo cual sanciona explícitamente el artículo 1.212 que habla de *transferencia* y no de *creación* o *nacimiento* por lo que resulta forzoso entender que el crédito que se transmite es el mismo en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra la más mínima alteración, salvo el cambio de persona, la del cedente por el cesionario subrogado como nuevo acreedor, el que podrá exigir su cumplimiento en los propios términos en los que hubiera podido ejercerlo su anterior acreedor del que es sucesor, manteniendo el título todo su valor y eficacia, sin alteración alguna, identidad que afecta a su fecha en cuanto ésta sirva a cualquier fin con el que guarde relación, como lo ha de ser en orden a valorarlo respecto a la preferencia frente a otros títulos crediticios.

Tercería de mejor derecho: Préstamo intervenido por corredor de comercio de fecha anterior a crédito reconocido por sentencia firme.—El crédito en que *ministerio legis* quedó subrogado el actor es una póliza o escritura de préstamo intervenida por Corredor de Comercio, y de conformidad con el artículo 1.924.3 del Código civil es de reconocerle preferencia sobre el crédito del demandado de fecha posterior y surgido de sentencia firme (STS de 13 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Ponente González-Alegre), pues como escribe Guilarte Zapatero (*Comentarios Albaladejo*, Tomo XXIII, p. 219), el fiador podrá valerse, en su propio beneficio, de las garantías constituidas por los terceros para asegurar la obligación principal y en situación concursales, de quiebra o suspensión de pagos tiene derecho a invocar en su propio beneficio los privilegios que puedan corresponder a la obligación afianzada, con la importante consecuencia de una clasificación privilegiada de su crédito en los mismos términos que hubieran correspondido al del acreedor principal. Lo que ocurriría en este caso es que la sentencia de la Audiencia Territorial consideró como fecha del crédito la de la subrogación por pago, apreciación errónea que el Tribunal Supremo rechaza con abundancia de argumentos. Sobre la preferencia otorgada a los créditos intervenidos por Corredor de Comercio, reconocida de antiguo por la jurisprudencia (sentencias de 27 de octubre de 1941, 3 de noviembre de 1971 y 1 de marzo de 1978) con base en el artículo 93 del Código de Comercio, puede verse Gullón Ballesteros: *Comentarios Albaladejo*, Tomo XXIV, pp. 769 y ss. (G.G.C.)

14. Culpa extracontractual: Daños por utilización de herbicida: Nexo Causal.—Falta el hecho inicial culposo del agente vendedor demandado para que pueda surgir la responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil, máxime en un supuesto como el de autos en que, por tratarse de producción agrícola, son múltiples los factores de todo orden (clima, humedad, composición química de la tierra, forma de empleo de los productos, etc.), que influyen en ella y que, por tanto, requiere una escrupulosa valoración, no sólo de la conducta del demandado, sino de la estrictamente jurídica del nexo causal que no puede constatarse precisamente por la indeterminación de los hechos causantes del daño.

Prueba.—No es suficiente unas simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que en una mera coincidencia en el devenir del tiempo, induzcan a pensar en una remota interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso una prueba terminante de que esa interrelación existe, pues ello es la base de la culpa del agente, o, como dice la doctrina jurisprudencial, que en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la culpabilidad de aquél para establecer su obligación de repararlo (STS de 10 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Tres agricultores, tras arrendar 34 hanegadas de tierras y prepararlas para el cultivo de sandías, compraron —o, al menos, lo hizo uno de ellos—, un producto químico para incentivar el desarrollo y producción de dicho fruto; según alegan los demandantes, al emplearlo según las indicaciones del vendedor, no sólo no benefició la plantación, sino que la hizo improductiva, acarreado la pérdida del fruto deseado con los consiguientes daños y perjuicios que estiman en 5.100.000 pesetas. La demanda contra el vendedor del herbicida fracasó en ambas instancias.

El motivo de la desestimación radica en la falta de prueba de los requisitos de la acción *ex* artículo 1.902 del Código civil. No ha quedado acreditado el nexo causal entre la conducta del demandado, que se limita a expender un producto herbicida, que contiene las instrucciones para su uso redactadas por la empresa fabricante del producto, ajena a este pleito, dando unas instrucciones distintas sobre su forma de utilización, que en la práctica viene siendo indebidamente usado por los labradores; hay un informe pericial del Ingeniero Jefe del Servicio de Protección de Vegetales, según el cual no puede afirmarse que la muerte de las plantas obedezca al tratamiento efectuado con arreglo a las instrucciones del demandado, ni consta que el producto vendido por el demandado fuera realmente utilizado en la forma recomendada por este último.

COMENTARIO.—Varias cosas sorprenden en esta sentencia, de las que no resulta ser la de menor trascendencia la inadecuada o insuficiente dirección de la acción. La demanda se plantea exclusivamente contra el expedidor del producto, destacándose en la sentencia de la Audiencia Territorial que la empresa fabricante ha quedado ajena al pleito. De haber habido culpa en alguien, no parece que la del vendedor sea la de más entidad (salvo hipótesis poco verosímiles de mala fe por su parte). La prudencia parece aconsejar que se demande conjuntamente a ambos.

Los hechos se producen en 1983, antes de entrar en vigor la Ley de

Consumidores, pero no es infrecuente que el Tribunal Supremo invoque, como formando parte de la «realidad social» que ordena tener en cuenta como criterio hermenéutico el artículo 3.1 del Código civil, los nuevos criterios que resultan de leyes posteriores, en principio más modernas y adaptadas a las necesidades actuales. Sorprende tanto más que la sentencia no invoque los preceptos de dicha ley cuanto que la protección de consumidores consignada en el artículo 51 de la Constitución Española constituye un principio general de derecho que debe informar la actuación de los Tribunales, antes, incluso, de que se haya desarrollado por una ley.

En los daños por productos trata de obviarse, a través de diversos mecanismos, la dificultad de la prueba del hecho causante y del nexo causal. Sorprende en la sentencia anotada, que el Tribunal Supremo ponga énfasis, precisamente, en la prueba estricta de los requisitos de la acción ex artículo 1.902, cuando en tantos sectores de la vida social se aplica la inversión de la carga de la prueba o la presunción de culpa. Otro punto oscuro el relativo a si el vendedor siguió las instrucciones del fabricante, o impartió otras por iniciativa propia; tal como se dirigió la acción era suficiente que de estas últimas no se derivase perjuicio para las plantas para obtener la absolución de la demanda. (G.G.C.)

15. Culpa extracontractual: Daños por accidente de circulación: Responsabilidad por riesgo: Doctrina general.—Es doctrina jurisprudencial que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha ido evolucionando en aquélla hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, criterio exegético que se vigoriza a la vista del artículo 3.1 del Código civil, en cuanto introduce la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas; en materia de responsabilidad por hechos de la circulación esta Sala aplica, al lado de la presunción de culpa, el principio de la responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de la posesión del vehículo, prescindiendo de la culpa de las personas que lo manejan, por entender 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.

Desprendimiento de ruedas: Descarrilamiento de tren: Culpa del conductor del camión.—Existe culpabilidad por parte del conductor del camión ya que el hecho de desprenderse la rueda supone una negligencia, aunque sea leve, y que una vez producido debió emplear más celo en localizar a dónde había ido a parar, para evitar el resultado dañoso; no puede entenderse erróneamente interpretado el artículo 1.902 del Código civil, pues éste impone la resarcibilidad del daño, tanto en los supuestos de responsabilidad por riesgo, como en los casos de responsabilidad por culpa.

Caso fortuito.—El caso fortuito supone un hecho realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea previsible e inevitable, y que cuando el acaecimiento fue debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, excluyente de la situación de excepción que el artículo 1.105 del Código civil establece.

Cuantía de la indemnización: Actos propios: Tasación presentada por el perjudicado en proceso penal.—La conducta de la entidad perjudicada al ejercitar una acción civil de reparación de los daños y perjuicios causados, por cuantía superior a aquella en la que los valoró en el proceso penal anterior, sin que ni siquiera intentara justificarse este exceso en razón al aumento sobrevenido de los daños, integra una falta de respeto al principio de los actos propios, en cuanto supone una palmaria oposición entre el contenido de la tasación inicial y la acción ejercitada en el proceso civil; no hay oposición con la doctrina mantenida en sentencia de 26 de mayo de 1981 al darse en el supuesto de hecho de ésta una apreciación prudencial de los daños personales o corporales que se reclamaban y tratarse de unas conclusiones provisionales en proceso penal que hubieran podido modificarse en las definitivas —trámite que no se alcanzó— (STS de 16 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Como resulta habitual en el *modus procedendi* de la Sala 1.^a, al menos en el sector de responsabilidad por los daños de la circulación de vehículos, después de invocar los principios «progresistas» viene a añadirse la responsabilidad por culpa, a modo de reforzamiento argumental. La falta de diligencia en la búsqueda de la rueda desprendida de un remolque, causante del descarrilamiento de un tren tranvía, fundamenta la condena a indemnizar. Debe destacarse la aplicación de la prohibición del *contra factum proprium venire*, que motiva una estimación parcial del recurso. En efecto, el *quantum* indemnizatorio es igual, ya se ejercite la acción civil en un juicio de faltas, ya se inste autónomamente la acción civil en un proceso de esta clase. (G.G.C.)

16. Responsabilidad civil del médico: Principio culpabilístico.—Seguida en nuestro sistema casacional la tesis de la responsabilidad médica enmarcada en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso —como más reciente, la sentencia de 13 de julio de 1987—, es visto que al no haberse apreciado la menor culpa en los demandados y la total desconexión con el resultado final, la absolución de los mismos devenía indeclinable e insoslayable.

Falta de especialización médica: Prueba mediante minutas de honorarios.—Se pretende demostrar mediante las minutas de honorarios la falta de especialización médica de los demandados, dado que uno de ellos no es especialista en sistema

circulatorio, y el otro no es anestesista, sino analista; pero la sentencia declara que tal hecho no ha influido en lo más mínimo al haber sido correcto el tratamiento médico seguido por los doctores ahora demandados; se deriva de ello la inoperancia probatoria de tales minutas en cuanto a la justificación de una determinada especialización médica, dado que la sentencia declara probado que no puede imputarse responsabilidad médica alguna a los demandados. (STS de 12 de febrero de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia importante por confirmar la doctrina jurisprudencial en orden al carácter culpabilista tradicional de la responsabilidad médica. ¿Hay alguna garantía de que el Tribunal Supremo mantenga siempre esta doctrina jurisprudencial? ¿Cabe pensar en una evolución hacia criterios de responsabilidad por riesgo? Por otra parte, la escasez de datos fácticos contenidos en la sentencia literal que he manejado impide conocer las circunstancias del caso, del que sólo se sabe que hay un tratamiento inicial seguido por los demandados con base en un diagnóstico de contusión arterial, y que posteriormente, en otro centro hospitalario se realiza por otro facultativo la amputación de una pierna; la sentencia no da por probado que de haber intervenido en la primera fase un cirujano vascular se hubiera evitado la posterior amputación del miembro. La indemnización de 8.000.000 de pesetas fue estimada en primera instancia y desestimada en apelación, sin que se dé lugar al recurso. (G.G.C.)

17. Responsabilidad civil derivada de delito: Daños sobrevenidos: Inaplicabilidad de la cosa juzgada: Incapacidad laboral permanente por accidente de trabajo.—Es constante la jurisprudencia sobre la prevalencia de la sentencia penal condenatoria sobre la civil en aquellos supuestos en que unos actos ilícitos, culposos o negligentes, sean al propio tiempo constitutivos de delito o falta, en orden a la fijación de los elementos constitutivos del ilícito penal y de sus consecuencias en la responsabilidad civil, de tal manera que dictada una sentencia penal condenatoria, no puede una sentencia civil posterior volver sobre el mismo asunto para suplir sus posibles errores o deficiencias; pero la sentencia civil puede servir de complemento a una penal para supuestos que en ella no se tuvieron, ni se pudieron tener en cuenta, y fundamentalmente ante la presencia de unos resultados de la conducta delictiva, imprevisibles en el momento en que se dictó la sentencia penal, pues sería una artificiosa solución, contraria a la naturaleza de las cosas, negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita; en tales casos, ante la imposibilidad de plantear otro proceso penal para reenjuiciar la conducta básica, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil, se produciría un incumplimiento del artículo 24.1 de la Constitución Española, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos.

Efectos civiles de la sentencia penal condenatoria.—No impide que se vuelva a plantear la responsabilidad civil por culpa extracontractual de quien fue enjuiciado y absuelto en el proceso penal; en el presente caso, de los tres acusados—constructor, arquitecto y aparejador—, fue absuelto el arquitecto y condenados los otros dos, por lo cual este acusado absuelto puede ser juzgado en la vía civil como consecuencia de la pretensión actora.

Daño moral: Legitimación de la esposa del obrero accidentado.—Está basada en el interés manifiesto que resulta de un perjuicio directo consecuente a la nueva situación del lesionado, cuya parálisis tiende a empeorar y que, actualmente, no puede prácticamente valerse por sí mismo y carece de apetencias de las relaciones sexuales, según dictamen pericial, lo que se traduce en una situación de su mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas, lo que no supone estrictamente un daño físico, pero sí unos sufrimientos en el orden de los sentimientos afectivos más elementales que justifican la calificación de las consecuencias de hecho, para ella, como daño moral, tal como viene reconociéndolo la doctrina de esta Sala.

Falta de responsabilidad civil del arquitecto.—La sentencia penal absuelve al arquitecto porque entendió que, al advertir este profesional al constructor, la necesidad de conseguir la desviación de la línea eléctrica antes de realizar obras en su proximidad y al no tener un deber de presencia diaria para comprobar la forma en que se realizan los trabajos, su conducta no merecía la calificación de ilícita en el ámbito penal; en el ámbito civil el Tribunal entiende que la diligencia debida por el arquitecto quedó agotada con sus específicas, acertadas y probadas advertencias el riesgo que existía, y que se tradujeron en peticiones del constructor a la compañía eléctrica para desvío del cable, petición no atendida, pese a lo cual el constructor continuó la obra contra las expresas advertencias del arquitecto que, de haber sido observadas, hubiesen evitado el accidente.

Plazo de prescripción de la acción.—La acción derivada del artículo 1.092 del Código civil no prescribe al año, sino a los quince años, según el artículo 117 del Código penal.

Cuantía de la indemnización.—Es de libre apreciación de la Sala de instancia, y en este caso de esta Sala, y se fija en función de la magnitud del daño, edad de las víctimas (57 años el actor y 56 la actora), cuidados que requiere el lesionado, pérdida de su capacidad laboral e intensidad de los padecimientos que permiten la indemnización del daño moral, factores todos que llevan a estimar como proporcionada la cantidad solicitada en el escrito de demanda de 5.000.000 de pesetas, sin que se puede tomar por base la cantidad fijada en la réplica, ya que la variación del suplico, en una reclamación de cantidad concreta, no es permisible en el escrito de réplica, cuando consiste en la cuantía y por datos que, como la progresiva depreciación de la moneda y duración de los procesos judiciales, pudo haber tenido en cuenta el actor al tiempo de formalizar su demanda, y que en ningún modo resultan de datos relacionados con el curso ulterior del debate procesal.

Condena al pago de intereses moratorios.—Es sobradamente conocida la constante doctrina jurisprudencial que asigna los intereses de mora sobre la base de deudas líquidas, cualidad que no puede ser atribuida a una deuda por indemnización de daños y perjuicios cuya cuantía, ni consta de antemano, ni resulta de simples operaciones matemáticas, sino de criterios que deben ponderarse en la sentencia que constituye su acto de fijación. (STS de 9 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Ponente: Carretero Pérez) por la meticulosa reconstrucción de los motivos del recurso, a veces confusamente redac-

tados, y por la precisión de redactar una sentencia condenatoria al estimar el recurso. No constituye novedad la admisión de la posibilidad de reclamar los daños sobrevenidos como secuela de lesiones causadas en accidentes de trabajo o tráfico, pero sí, a lo que me resulta, su fundamentación última en la prohibición de la *denegatio justitiae* del artículo 24.1 de la Constitución Española. Cierta novedad puede haber en la apreciación de los daños morales sufridos por la esposa del lesionado, y de éste mismo. Interés práctico ofrecen los criterios —acaso demasiado generales— para la determinación de la cuantía del daño. Correcta la denegación de intereses moratorios en este caso al tratarse de una cuantía indudablemente ilíquida. (G.G.C.)

18. Juegos de azar permitidos. La concesión de préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego no transforma la actividad en ilícita.—La resolución recurrida no ha interpretado erróneamente el artículo 1.798 del Código civil, al entender que tras la legalización de los juegos de azar el ámbito de aplicación de este precepto queda reducido a los juegos de suerte, envite o azar no permitidos expresamente, por lo que al tratarse en el caso de autos de juego de azar permitido y practicado en lugar autorizado al efecto, es vista la correcta aplicación que del citado artículo hace el Tribunal de Instancia, debiendo añadirse en todo caso que el hecho de infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego (artículo 10 del Decreto de 11 de marzo de 1977) no transforma el juego que es lícito en ilícito, pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (artículo 6.3 del Código civil), cual ocurre en el supuesto contemplado en el que tal contravención es objeto de especiales sanciones previstas en la propia normativa.

Facultad moderadora de los órganos judiciales.—Lo que el párrafo 2.º del artículo 3 del Código civil veda es que el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones de los Tribunales, a menos que la ley expresamente lo permita, pero en ningún caso la aplicación al supuesto litigioso de un concreto artículo del Código relativo a los efectos de los juegos no prohibidos y en cuyo precepto explícitamente se recoge y autoriza esa facultad moderadora que permite al Juez «reducir la obligación en lo que excediere a los usos de un buen padre de familia». Extremo que, además, corresponde apreciar a los Tribunales de Instancia. (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

4. DERECHOS REALES

19. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdo social.—La simple colocación de una verja o puerta móvil en el pasaje o calle particular con la única finalidad de impedir a los extraños su indebida utilización, en nada viene a alterar la naturaleza de elemento común que indudablemente ostenta el paso, ni le hace inservible para su adecuada utilización general que continúa sirviendo de acceso y comunicación, ni impide su normal uso por los comuneros, y, si esto es así,

no han sido violados los artículos 16 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Varios copropietarios formularon demanda de nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios para proceder al cierre de la calle interior que separa los dos bloques.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospere el recurso de casación.

20. Acción reivindicatoria sobre terreno ganados al cauce colindante a la finca del actor. Las actas de deslinde no contienen declaración de posesión ni de propiedad.—Así centrado el contenido y razón de ser del motivo, es evidente su improcedencia, ya que la pretensión en él contenida tiene un punto de partida erróneo, en cuanto que el hecho de haberse realizado el deslinde del cauce del Barranquillo del Aceite carece de trascendencia a los efectos que el recurrente pretende, toda vez que como tiene dicho esta Sala reiteradamente, «las actas de deslinde sólo resuelven cuestiones de límites, pero no contienen declaración de posesión ni de propiedad (sentencias de 24 de septiembre, 6 de octubre y 10 de noviembre de 1986 y 23 de julio de 1987). En consecuencia, esos «...terrenos colindantes con dicha finca por el Poniente de la misma, ganados al cauce del Barranquillo del Aceite...», que se han dejado indicados en el apartado a) del primer fundamento y respecto de los cuales solicitaba el hoy recurrente se le declarase propietario por accesión, al no haber acreditado que hubiesen sido desafectados de la titularidad dominical estatal sigue perteneciendo al Estado, estando claro que la interpretación dada por la sentencia impugnada con vistas a los documentos citados y respecto del referido extremo, es la adecuada.

Falta de litisconsorcio pasivo necesario.—El Estado sigue conservando la titularidad dominical del cauce cuestionado, cuya adjudicación por accesión y en propiedad interesó en su demanda el ahora recurrente. Es obvio, por tanto, que reclamándose el dominio de un inmueble que aparece, al menos en principio, es de otro, este presunto o cierto titular ha de ser incluido en el mecanismo del proceso y al no hacerse, la falta de litisconsorcio pasivo necesario resulta innegable. (STS de 1 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

21. Caducidad de usufructo. Usucapión en favor de hospital.—Salvo que otra cosa se disponga en el título de constitución de tal derecho —que según su dimensión podría confundirse con el dominio, del que en principio es una facultad segregada del mismo, el usufructuario ha de respetar la esencia de la cosa usufructuada, y, en el presente caso, la escritura de 13 de noviembre de 1876 en su condición Primera dice «que el día que la casa cedida (debe decir cosa), fuese por el concepto que fuese, dejase de aprovechar directamente al Santo Hospital en la forma de usufructo y se incorporará nuevamente a la propiedad, la cual el cedente reserva perpetuamente para sí y los suyos», por lo que si ya en el año 1884 el usufructuario hizo desaparecer el huerto y construyó un edificio para espectáculos —Teatro Apolo o Jardines Apolo—, cuya realidad conocía el cedente que intervenía y firmaba las actas de sesiones del Patronato de dicha Institución benéfica, del que formaba parte como miembro del mismo, en que se resolvían cuestiones afectantes a ese edificio y su explotación como espectáculo y

posteriormente lo consentían los familiares y herederos, vecinos de la población donde se ubica tal edificio, quíerese decir que ya con arreglo al estatuto constitucional, el usufructo había caducado «ipso facto», como gráficamente expone la escritura tan mencionada de 13 de noviembre de 1876, y paladinamente se reconoce en la demanda de conciliación formulada por la familia Samá el 26 de abril de 1961 (folios 537 y 538), lo que supone que el huerto cedido que debía cumplir una finalidad de ayuda alimentaria de la Institución cesionaria, al desaparecer como tal finca hortofrutícola hizo caducar el usufructo sobre él constituido, comenzando una posesión sin título, ni buena fe, pero que a ciencia y paciencia del cedente y sus causahabientes perduró al menos hasta 1961, en concepto de dueño y con el «animus rem sibi habendi», que lo hace apto para la prescripción extraordinaria conforme al artículo 342 de la Compilación Foral catalana según el Derecho actual y al Usatge 156 «omnes causae», que sólo exige treinta años de posesión, incluso con mala fe, «sis vol bonas o malas» y que derivado según común doctrina científica, de la Ley 3, Título II, Libro X del Fuero Juzgo, copia a ésta dicho usatge en su texto latino, casi literalmente, haciéndose notar que la treintena de años se considera común a la prescripción extintiva y adquisitiva en el derecho común catalán anterior a la Compilación Foral de 1960. (STS de 22 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

5. DERECHO DE FAMILIA

22. Adopción: Derecho derogado: Nulidad instada por progenitor que no intervino en el expediente: Hija nacida de matrimonio canónico anulado: Guarda encomendada a la madre que contrae nuevas nupcias: Adopción por el nuevo marido de la madre: Naturaleza jurídica de la adopción.—La doctrina jurisprudencial y científica califica a la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal, distinguiéndose legalmente tres clases de intervenciones en el mismo: el consentimiento propiamente dicho que deben prestar el adoptante y su cónyuge, y el adoptado mayor de catorce años y su cónyuge, requisito esencial del negocio adoptivo, cuya ausencia produciría la inexistencia del mismo por aplicación del artículo 1.261 del Código civil; el asentimiento que deberán prestar el padre y la madre del adoptado menor de edad sujeto a la patria potestad, y el tutor con la autorización del Consejo de Familia; y simplemente deberán ser oídos el adoptado menor de catorce años, el padre o madre privado de la patria potestad, etc.

Naturaleza del asentimiento del padre del adoptado en el Derecho derogado.—Estaba regulado por la Ley 11/1981, aplicable al presente caso, como una *conditio iuris*, cuya ausencia puede producir una «ineficacia condicionada» del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta «lo que considere más conveniente para el adoptado, si cualquiera de los llamados a prestar el consentimiento, fuera de los casos del adoptante y del adoptado, no pudieran ser citados, o citados no comparecieran»; este arbitrio judicial no está en contradicción con la posible extinción de la adopción, como una facultad concedida al padre o a la madre «que no hubieren intervenido en el expedien-

te de adopción, ni prestado el consentimiento, si probaran que fue por causa no imputable a ellos» (artículo 177.2).

Forma de prestación del asentimiento por el padre del adoptado: Prestación posterior en acta notarial revocada a los tres días.—El requisito del consentimiento o asentimiento del padre, cuya forma de prestación dudosa ha quedado interpretada de modo auténtico en la reciente reforma de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, cuando señala que deberá hacerse «en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil», exigiéndose la presencia judicial y la constancia en los autos en el nuevo artículo 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el presente caso se ha pretendido obviar la falta de consentimiento del padre legítimo (según la denominación vigente) en el expediente de adopción de su hija, mediante una manifestación contenida en acta notarial, revocada a los tres días después de una entrevista mantenida con su ex-esposa e hija, pero tal pretensión carece de eficacia por falta de forma.

Interés del adoptado: Marido de la madre separado de hecho que convivió poco tiempo con la adoptada.—En esta clase de procesos existe la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses y preferencias del menor, como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al adoptado, todo ello en concordancia con el artículo 39 de la Constitución Española y los principios informadores de las últimas reformas del Código civil; en el presente caso es muy digna de tenerse en cuenta la opinión de la adoptada manifestada ante los psicólogos y el escaso período de tiempo que convivió familiarmente con el esposo de su madre, y padre adoptivo de ella. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Supuesto de hecho, humanamente complejo, que se reduce a decidir si es válida la adopción otorgada al cónyuge de la madre cuando el padre (cuyo matrimonio con aquélla fue anulado) no ha sido oído en el expediente por causas no imputables al mismo; el segundo matrimonio de la madre ha durado pocos meses, encontrándose en situación de separación de hecho convenida al poco de aprobarse judicialmente la adopción; pertenece a la anécdota de la historia que después de presentada la demanda de extinción de la adopción, al amparo del derogado artículo 177.2, el adoptante logra del progenitor que desista del pleito y haga constar en acta notarial su aprobación de la adopción ya realizada, manifestación que revoca a los tres días después de que le visitan su ex-esposa e hija.

COMENTARIO.—Ante todo ha de aprobarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo al rechazar el recurso interpuesto por el adoptante. ¿Qué interés ha de suponersele en mantener una adopción cuya única razón de ser era el matrimonio contraído con la madre, si éste fracasa a los pocos meses? En la adopción del hijo del consorte, contemplada tanto en la normativa derogada (artículo 178, párrafo 1.º) como en la vigente

(artículo 176.2.2) hay a modo de una cláusula *rebus sic stantibus* que debería permitir la extinción del negocio adoptcional cuando se disuelve el matrimonio que le sirvió de *ocasio*. La legitimación, no sólo legal, sino moral y ética, del ex-marido de la madre para pedir la extinción de esa fugaz adopción, es completa, pues sigue siendo titular de la patria potestad sobre la menor adoptada, aunque la guarda corresponda a la madre, y en tal calidad pueda tratar de obviar los inconvenientes para su hija derivados de la inestabilidad sentimental de la madre.

Es interesante la declaración jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la adopción que refleja la *communis opinio* de la doctrina y jurisprudencia respecto a la Ley de 1970 y reformas ulteriores, en un momento en que la nueva normativa instaurada por la ley de 1987 ha desconcertado a la doctrina, y se oyen voces sobre el carácter publicístico que asume la institución. No creo que tal doctrina resulte trasladable, sin más, al Derecho vigente, pero sí resulta claro el ánimo continuista que en esta sentencia exhibe el Tribunal Supremo. No es ahora el momento de exponer mi opinión favorable a mantener el negocio adoptcional en el ámbito del Derecho privado, pese al incremento de la intervención administrativa en la vigente Ley de 1987. (G.G.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

23. Contrato de seguro. Comunicación del siniestro.—En cuanto a la reclamación extemporánea del siniestro, según el contenido del artículo 54 de las condiciones generales de la póliza que fija como límite el de las 48 horas de conocido, debe estarse a lo que dispone con carácter de Derecho necesario el artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro. Ciertamente que existen razonables dudas acerca de si las condiciones que libremente consignan los interesados han de prevalecer sobre la citada ley; pero debe entenderse que al menos las disposiciones de su Título I, con la generalidad y el carácter de derecho necesario que les atribuye el artículo 2, han de aplicarse también al seguro marítimo en evitación en el presente caso de una sanción al asegurado a todas luces excesiva y expresamente rechazada por el legislador al derogar el artículo 1.796 del Código civil. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Estando el yate asegurado atracado en un muelle, al ponerse en marcha sobrevino una explosión, hundiéndose envuelto en llamas. La aseguradora, frente a la reclamación del asegurado, opuso que el siniestro se produjo por dolo o negligencia culposa del asegurado y que el asegurado incumplió la cláusula 54 de la póliza al no dar conocimiento del siniestro dentro del plazo de las 48 horas siguientes de la noticia del siniestro.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el asegurado. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

24. Propiedad industrial. Modelo industrial y modelo de utilidad.—En ambas clases de modelos son esenciales para su eficacia y validez la originalidad,

que además de no ser copia o imitación de otro tipo, supone una aportación de elementos que individualizan y definen el modelo, y la novedad, que lleva consigo la nota de lo que no es conocido, de aquello que no existía antes. (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes postularon en sus recíprocas demandas acumuladas la declaración de nulidad de la inscripción registral de un determinado modelo de utilidad, titulado «perfil de sección cilíndrica», alegando la carencia de novedad del modelo impugnado.

La Audiencia Territorial declaró la nulidad de la inscripción del modelo de utilidad. No prospera el recurso de casación.

25. Contrato de agencia en exclusiva. Resolución unilateral.—Si bien la resolución unilateral, por la sola voluntad de una de las partes, del contrato de agencia en exclusiva, jurídicamente posible y válida, no comporta *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso se hubiera prescindido del mismo, sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente.

Pacto de exclusiva por tiempo indefinido. Revocación «ad nutum».—Que dicho pacto, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes, que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. Que la jurisprudencia de esta Sala proclama en sus sentencias de 19 de marzo y 28 de mayo de 1966 la necesidad de que dicho pacto no fuera ilimitado en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. Que si no se pacta la fecha en que el contrato debe dejar de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. (STS de 22 de marzo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de agencia, en virtud del cual una de ellas actuaba en representación de la otra y con carácter exclusivo en las provincias de Alicante y Murcia, teniendo asignadas unas comisiones. Se produjo la resolución unilateral del contrato, con el aprovechamiento subsiguiente de las ventajas comerciales conseguidas en las zonas de Alicante y Murcia, y, entre ellas, la captación de la clientela alcanzada a lo largo de varios años.

De conformidad con la sentencia de la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo condenó a la demandada a abonar una determinada indemnización por el aprovechamiento de la clientela captada por la parte actora.

26. Sociedad mercantil irregular. Prueba de la compraventa de participaciones. Presunción de consentimiento tácito del cónyuge del vendedor.—El motivo merece también ser repelido, en primer lugar, porque la prueba de la compraven-

ta tan citada se obtiene por medios directos, cuales son, entre otros, los hechos de haber satisfecho parte del precio al comprador y constar previamente que la participación de los socios en la sociedad es igualitaria y no diferente como se pactó en un principio, y tiene declarado esta Sala en multitud de sentencias que la prueba de presunciones no es utilizable cuando se dispone de pruebas directas. Y aunque no fuera así, es evidente que la explicación de la conducta de las partes no tiene más base que la existencia del contrato traslativo mencionado. En segundo lugar, en cuanto a la no participación de la esposa del vendedor en el contrato, ya se ha declarado por esta Sala en sentencia de 10 de octubre de 1982, 22 de enero y 6 de diciembre de 1983 y 5 de mayo de 1986, recogiendo doctrina sentada en sentencias anteriores, que aunque en la transmisión no exista el consentimiento de la mujer, la venta no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia de la esposa o de sus herederos, como resulta de los artículos 65 del Código civil, redacción de Ley de 2 de mayo de 1975, y 1.322, redacción vigente; pero no a instancia del marido ni de la persona que con él contrató. Aparte de ello el consentimiento de la esposa puede ser expreso o tácito, demostrado este último por la propia pasividad y no oposición a la venta, cual ha ocurrido sin duda en este caso. Por último, es de observar que el consentimiento «uxoris» tácitamente manifestado es cuestión de hecho que incumbiere investigar a la Sala de Instancia; pero en esta «litis» fue cuestión que propiamente no se planteó, por lo que hay que presumir al menos aquel consentimiento tácito.

Determinación del precio de las participaciones vendidas.—La cuestión de hecho examinada en el primero y segundo de los fundamentos de derecho que anteceden ha evidenciado, por otra parte, que el precio de la discutida compraventa se integró en su proporcionalidad con la participación total de cada consocio y en la totalidad del capital social previsto y realizado, aunque no llegara a constituirse sociedad anónima alguna.

Aplicación subsidiaria del régimen legal de las sociedades colectivas.—Se trata no de una sociedad anónima, sino de una sociedad irregular mercantil, por tanto, resulta imposible, como declaró ya la sentencia de 25 de marzo de 1987, denunciar la no aplicación de un precepto inaplicable por no existir el elemento básico para su aplicación, que es la existencia de una sociedad anónima, y en cuanto al artículo 121 del Código de Comercio, la Sala «a quo» no lo ha infringido, sino que lo ha aplicado correctamente en cuanto se atuvo a lo pactado en primer lugar y en segundo a las normas del Código de Comercio aplicables.

El motivo quinto es desestimable por las siguientes razones: a) Dados los hechos probados, la Sala «a quo» estimó acertadamente que se trata de una sociedad mercantil irregular, por tener en cuenta un fin de lucro y ejercicio de una actividad mercantil (la venta de porciones de agua a diversidad de adquirentes), y siendo así queda excluida del ámbito civil, que aunque persigan también un fin de lucro (artículo 1.665 del Código civil) no ejercen actividad comercial, y con este supuesto de hecho ya esta Sala en sentencia de 21 de junio de 1983 admitió la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación a la normativa específica del Código de Comercio. b) Habrá de estarse, por tanto, en primer lugar a lo convenido en este caso en el contrato privado de 5 de

marzo de 1965, el que, en cuanto a formas de disolución de la sociedad, señala expresamente el acuerdo de los socios, la pérdida de la mitad del capital «y por las demás causas establecidas en la ley». Fórmula esta última que permite aplicar, como ha hecho la sentencia recurrida, el artículo 222 del Código de Comercio en cuanto a la resolución o disolución por muerte del socio en las sociedades colectivas.

Los bienes inmuebles aportados siguen siendo de propiedad de los socios.—Al constituirse una sociedad proyectada como anónima, pero sin llegar ésta a tener existencia legal, resultó una sociedad irregular dedicada a actividades comerciales sin constitución de personalidad jurídica distinta de las de los socios que la componen, por tanto, evidente es que a falta de todo pacto en contrario, las aportaciones incluso de bienes inmuebles no salieron de la propiedad de los socios singulares, que conservaron su dominio respectivo hasta en trance de liquidación, como reconoció la sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 1984.

Transcurrido el plazo pactado, no cabe compeler a la constitución de tal sociedad.—No existe sociedad anónima, sino meramente un proyecto para constituir una sociedad de esta clase que había de constituirse efectivamente en el plazo de seis meses, cuyo plazo transcurrió sin que ninguna de las partes instase nada al efecto, y una vez transcurrido es evidente que «a fortiori» ninguna de las partes puede ser compelida a tal otorgamiento y constitución, por ser ello incompatible con la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de cada contratante. (STS de 20 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Cuatro personas firmaron un contrato privado de sociedad, participando en la misma en forma desigual y comprometiéndose a constituir una sociedad anónima en el plazo de seis meses. Posteriormente, el socio mayoritario vendió una parte a otro socio, con el objetivo de lograr que los cuatro socios participaran con la misma cuota. Los herederos del socio vendedor solicitaron la declaración de inexistencia y nulidad de la transmisión de participación, por indeterminación del precio y por falta de consentimiento del cónyuge del transmitente; también formularon la pretensión de que se constituyera la sociedad anónima proyectada y de aplicar las reglas de la comunidad de bienes al período en que no se había constituido aquella sociedad. La sentencia recurrida desestima tales pretensiones y, dando lugar a la reconvencción formulada por los demandados, declara disuelta la sociedad irregular, debido al fallecimiento del socio que en un principio había sido mayoritario y del que los actores eran herederos. (L.F.R.R.)

III. DERECHO PROCESAL

27. Recurso de revisión.—La interpretación de los supuestos en que procede el recurso de revisión ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal.

Maquinación fraudulenta.—Se considera maquinación fraudulenta, a los efectos del recurso, la designación en la demanda, como domicilio social de la de-

manda, de un lugar que no se corresponde con el real ni con el que figura en la inscripción registral.

El «levantamiento del velo» de la persona jurídica.—Es doctrina de esta Sala que a los Tribunales corresponde penetrar en el «substratum» de las personas jurídicas, en su interior («levantar el velo»), para evitar el abuso de su independencia o que al socaire de esa ficción o forma legal se perjudiquen los intereses ajenos, se consume el fraude, se falte a la buena fe o se ejercite un derecho de forma antisocial, resultando incuestionable que lo mismo ha de hacerse con las uniones o coligaciones de empresas y con los supuestos de corresponsalías, agencias o sucursales si se utilizan, como en el presente caso, para crear confusio-nismo en quienes con ellas contratan y aprovecharse después de la apariencia creada. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de un recurso de revisión, al que se opone la parte demandada alegando que la sociedad de transportes tuvo siempre noticias, a través de su sucursal o corresponsalía en Castellón, de la existencia y vicisitudes del procedimiento judicial reclamatorio.

28. Excepción de litis consorcio pasivo necesario.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo contempla de manera genérica los procesos acumulativos litisconsorciales, como surgidos del ejercicio de un derecho potestativo por la parte demandante, según lo demuestra su artículo 156, no por ello se opone a que en determinadas hipótesis sea imprescindible, para que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida, la integración en el juicio de cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente al actor de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo de que deriven la acción hecha valer ante los Tribunales, bien por imperativo de algún precepto legal o porque dichas personas pudieran resultar afectadas por la resolución judicial que pusiere fin a la controversia, puesto que de otra forma se conculcaría el principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, con lo que, de todas formas, incluso de oficio, habría que estimarse la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario y decretar la absolución en la instancia sin resolver sobre el fondo de las pretensiones puestas en juego en el litigio. (STS de 25 de febrero de 1988, ha lugar.)

29. Tercería de dominio interpuesta por la esposa del deudor. Deuda anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981. No se acredita el carácter privativo del bien embargado.—Siendo en nuestro Derecho la tercería de dominio una oposición al proceso, tendente a evitar que la realización de un crédito se haga en bienes de un tercero ajeno a las cuestiones debatidas no sólo la ajenedad, en este caso más que discutible dado el vínculo existente entre tercerista y deudor y la actividad mercantil origen de la responsabilidad económica contraída por el esposo y actora, sino básicamente la afirmación de que los bienes sobre que se actúa en el proceso principal del que, en definitiva, la tercería es un incidente, como expresamente dice el artículo 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, efectivamente pertenezcan al tercerista ha de quedar establecida sin asomo de duda para que la acción de éste sea atendible (sentencias de 22 de junio de 1982, 13 de febrero y 22 de julio de 1985, entre otras muchas) como, en esencia, concluye

la sentencia combatida cuya decisión desestimatoria de la tercería por considerar no acreditada la condición de privativos de los bienes reclamados en el incidente encuentra, por otra parte, un notable refuerzo en los hechos igualmente acreditados y así expuestos por el juzgador de instancia de que, en la escritura de capitulaciones matrimoniales, en que se atribuyeron tales bienes a la esposa, son inicialmente calificados una vez de originariamente gananciales y otras de privativos, apareciendo tal escritura y capitulaciones más bien como un intento «de mudar la condición del bien», según expresa la sentencia impugnada, dejando entrever una muy verosímil conducta fraudulenta en la que, el deudor demandado y su esposa tercerista, tratan de refugiarse en aquel mudamiento poniendo en juego, al efecto, la normativa legal que al matrimonio a otorgar capitulaciones y en ellas cambiar su inicial régimen económico para colocar a los gananciales a cubierto de una responsabilidad ya postulada judicialmente. La cita que es oportuno hacer, en este caso, del artículo 6, número 4, amén de la del párrafo 1 del 7 del Código civil ambos, es bastante a frustrar todo intento sobre el particular con rechazo también del motivo 4.º en el que cuestiona el recurrente la interpretación hecha por el juzgador del artículo 1.404 del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 1981, partiendo de la condición de privativos de los bienes a que la tercería se contrae, condición no acreditada como se ha repetido en declaración de instancia que permanece y encuentra apoyo en un documento público que añade a las contradicciones internas en que incurre su más que dudosa finalidad. (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

30. Tercería de dominio sobre bienes embargados en un concurso de acreedores. Naturaleza del concurso.—El concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectiva o general y el auto declarando el estado de concurso es el título ejecutivo que se exige en todo procedimiento de tal naturaleza, señalando el artículo 1.173 del propio texto legal que en el propio auto se decretará el embargo y depósito de todos los bienes del deudor; el artículo 1.913 del Código civil señala el supuesto en el que el deudor ha de presentarse en concurso, sin poder solicitar quita y espera y el artículo 1.175 regula una de las formas de pago, la que tiene lugar por cesión de bienes, a la que se puede llegar mediante convenio, pero sin que la conjunción de estos preceptos permita sacar la conclusión que obtiene el recurrente de que el procedimiento concursal de acreedores no implica embargo y sí, sólo, una cesión de bienes, pues de la simple lectura de tales preceptos se desprende lo contrario, ya que el propio artículo 1.175 del Código civil remite a la Ley de Enjuiciamiento y aunque ésta, en su artículo 1.156, define el concurso voluntario como el promovido por el deudor cediendo todos sus bienes a sus acreedores, es lo cierto que el artículo 1.173, ya citado, no hace distinción alguna entre concurso voluntario y necesario.

Naturaleza de la tercería de dominio.—La jurisprudencia viene perfilando su naturaleza al señalar que, aunque con indudable analogía, no siempre puede identificarse con la acción reivindicatoria (sentencias de 15 de febrero y 22 de julio de 1985), ya que 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 acción del tercerista el carácter de declarativa de la titularidad dominical del bien embargado y consiguiente levanta-

miento de una traba que recayó sobre bienes que no eran de la propiedad del deudor ejecutado (sentencia de 26 de septiembre de 1985) especificando las diferencias la de 8 de mayo de 1986, que también concreta que es el tercerista quien deberá acreditar el derecho que invoca, por constituir presupuesto inexcusable para el éxito de su pretensión, con arreglo a la distribución del «onus probandi» que establece el artículo 1.214 del Código civil.

Falta de entrega. Alcance de la no intervención de fedatario público en la compraventa de valores mobiliarios.—Si bien transmitir significa trasladar, transferir, enajenar o dejar a otro un derecho u otra cosa (véase Diccionario de la Real Academia), sigue vigente la doctrina jurídica contenida en el artículo 609 del Código civil, conforme al cual la propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, de manera que de los contratos sólo nacen acciones personales para poderse exigir los contratantes las obligaciones que eventualmente contraen, pero para acreditar la propiedad, para ejercitar los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición, exigencia que reitera el artículo 1.095, determinado los artículos 1.461 a 1.465, con ocasión de la compraventa, las diversas formas de realizar la entrega, con la que comienza sobre las cosas del señorío o del hecho de la posesión y no por el simple contrato; de otra parte, contradicen las manifestaciones del hoy recurrente las que hizo en su demanda, en la que expresó que ejercitaba su acción —prescindamos ahora de que la llamase reivindicatoria, aunque tal fuese— al objeto de reclamar las acciones «de los tenedores o poseedores», desprendiéndose también de los artículos 1.234 y 1.269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las mismas no se encuentran en su poder («puestos los Síndicos en posesión de los bienes», «nota de los bienes de cualquier clase que el concursado tuviere»).

Si el legislador hubiera querido modificar su «constante pauta» lo hubiera hecho sin limitar su excepción a los términos de la Ley 2/1981, y al mantener la intervención de los fedatarios, mientras otra cosa no se disponga, lo hace como requisito formal y de garantía para terceros, siguiendo vigente la doctrina jurisprudencial de «que la compraventa de valores mobiliarios presenta en nuestro Ordenamiento positivo, según sentencia de 7 de marzo de 1925, dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad para quienes lo concertaron no depende de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase (artículo 74 del Código de Comercio), y otro, el de su ejecución o transmisión de las acciones enajenadas, que si bien en un principio se produjo por la simple tradición del documento (artículo 545, número 2), más adelante y a partir de la promulgación del artículo 1 del Decreto de 19 de septiembre de 1936, declarado vigente por el primero, inciso 4, apartado a) del Decreto de 14 de diciembre de 1951 y tercero de la Ley de 23 de febrero de 1940, precisó para lograrlo la intervención de Agente de Cambio o Corredor de Comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito no sólo priva a dicha operación de la irrevindicabilidad, que en otro caso le asigna el número 3 del repetido artículo 545, sino que la convierte en radicalmente nula... si bien semejante sanción, por su carácter excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión... que produce todos sus efectos entre quienes lo suscribieron y sus herederos, que recíprocamente pueden compelerse a formal-

zarlo conforme a lo que antes se expresa. (STS de 8 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

31. Tercería de dominio. Documento privado por el que se reconoce la transmisión fiduciaria y en garantía del piso embargado: No afecta al tercero que confía en la apariencia creada por la publicidad registral.—La pretensión del recurrente carece totalmente de viabilidad por las siguientes razones: a) los documentos públicos hacen prueba contra terceros del hecho que los motiva y de la fecha de su otorgamiento, vinculando además a los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones en ellos contenidas; b) los documentos privados, legalmente reconocidos, solamente vinculan a los que los suscribieron y sus causahabientes, afectando a los terceros respecto a la fecha, desde el día en que, entre otras circunstancias, fueron entregados a un funcionario público; c) los documentos privados hechos para alterar lo pactado en una escritura pública, no producen ningún efecto contra tercero; d) se entiende por tercero contractual, la persona que no ha sido parte en la celebración del contrato, ni es causahabiente de los contratantes, o dicho de otro modo, el contrato es para la misma «res inter alios acta...»; e) la compraventa de fecha 26 de febrero de 1976 está revestida formalmente de todos los requisitos necesarios para transmitir la propiedad de la finca, incluso la «ficta traditio» del artículo 1.462.2 del Código civil; f) la simulación o la causa falsa es de apreciación del Juez como cuestión de hecho, y su impugnación ha de hacerse en casación por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias de 17 de noviembre de 1983 y 3 y 22 de marzo de 1963); g) al margen de la no vinculación a terceros del contenido del documento privado de fecha 11 de diciembre de 1978, en ningún momento anterior, y durante seis años se ha ejercitado ni obtenido la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha 26 de febrero de 1976 (artículo 1.301 del Código civil), y h) el «onus probandi» respecto a la propiedad de la finca objeto de tercería, correspondía, como ya hemos visto, al recurrente, según el sentido del artículo 1.214 del Código civil. Este cúmulo de razones legales y jurisprudenciales, impiden que un pacto indiscutiblemente privado, suscrito y protocolizado pasados tres años desde el otorgamiento de la escritura pública de compraventa que trata de modificar, puede, al cabo de seis años de la pacífica existencia de esta escritura, afectar a terceras personas, que con base en la publicidad de esa transmisión, han ejercitado sus legítimos derechos; razonamiento que necesariamente conduce al rechazo de los dos motivos estudiados. (STS de 12 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

32. Tercería de dominio interpuesta por la esposa del deudor. Ejecución sobre bienes gananciales a consecuencia de un aval suscrito por el marido con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981.—Este Tribunal tiene proclamado: a) que lo primero a contemplar en supuestos como el presente, es si el accionante de tercería tiene la condición de «tercero» o si es deudor, dado que, en esta segunda hipótesis, carecerá de legitimación para el ejercicio de la pertinente pretensión (sentencias, desde la inicial de 25 de junio de 1895 a la última de 10 de diciembre de 1986); b) que en esta tercería de dominio aparece acreditado, cual se ha indicado en el precedente fundamento, que quienes accionan son coti-

tulares de los bienes embargados por razón de pertenecer los mismos al patrimonio ganancial y como consecuencia de su matrimonio con los ejecutados a título de avalistas del deudor principal; c) que vigente el régimen ganancial y como también tiene declarado esta Sala en sus últimas resoluciones, la esposa demandante no tiene en estos casos la condición de «tercero» ni, por tanto, la legitimación activa precisa para esgrimir la acción de tercería de dominio, toda vez que no constando se haya hecho liquidación de la sociedad ganancial y no siendo ésta, jurídicamente hablando, una comunidad romana o por cuotas cual la del artículo 392 del Código civil, ni la titularidad de dicho patrimonio corresponde por cuotas a cada uno de los cónyuges, ni tampoco a uno de ellos, viviendo el otro, la mitad del mismo, siendo preciso para que ello pueda suceder la liquidación de tal sociedad y la adjudicación de los bienes resultantes, nada de lo cual parece se haya realizado aquí (sentencias de 11 de abril de 1982, 2 de febrero de 1984, 26 y 29 de septiembre de 1986). (STS de 4 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)