

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Francisco LLEDÓ YAGÜEZ
Alejandro MARTÍNEZ BERRIOCHOA
Virginia MURTULA LAFUENTE
Rafael SÁNCHEZ ARISTI
Encarna SERNA MEROÑO

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Tercería de dominio: Improcedencia: Apremio administrativo por descubiertos a la Seguridad Social.—Conforme al pár. 2.º del art. 1.533 LEC, no procede la admisión de la tercería de dominio después de otorgada la escritura o de consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, y en el presente caso se ha dado por terminada la vía de apremio en el expediente administrativo correspondiente tramitado, con adjudicación en pago y entrega, mediante transferencia bancaria, a la ejecutante Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social de Badajoz.

Tutela judicial efectiva.—El art. 24.1 CE no puede entenderse como consagración de un derecho incondicional a la protección jurídica, sino como un derecho constitucional a obtenerla, el cual se presta, no sólo con una resolución sobre el fondo sino también con una de inadmisión siempre que ésta esté fundada en términos de derecho, cual sucede en el presente caso.

Sociedad de Responsabilidad Limitada que actúa como testafarro: Aplicación de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo»: Prueba de presunciones: Impugnación en casación.—Los actores han continuado con el negocio del padre, obtienen y disfrutan prestaciones de la Seguridad Social, y varios trabajadores que aparecen como demandados han venido realizando prestaciones laborales, tanto con el padre como con los recurrentes, habiéndose constituido la Sociedad de Responsabilidad Limitada con posterioridad a que, de hecho, los actores continuaran el negocio de su padre, sin que haya resultado acreditado que la mencionada SRL llevara contabilidad independiente, deduciendo de tales hechos, la sentencia recurrida, que esta última constituye un mero instrumento o testafarro de los actores que encubre su personalidad a efectos del descubierto motivador de las presentes actuaciones, y, en consecuencia, el dinero embargado que motiva la tercería de dominio ejercitada, proviene de la venta de un inmueble propiedad de los referidos actores, que son los que han mantenido relaciones jurídicas con los terceros bajo la pantalla o velo de una personalidad distinta; no existe razón eficaz para considerar ilógica o irrazonable, ni contraria a las reglas del buen criterio, la presunción obtenida con base en el art. 1.253 CC, habiendo declarado la jurisprudencia que constituye un juicio de valor reservado al órgano jurisdiccional la determinación del marco lógico y directo, de suerte que lo que en casación se ofrece a control es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, y nunca el ataque a las premisas de orden fáctico que debe realizarse por otra vía que la aquí utilizada.

Efectos del levantamiento del velo.—Según la doctrina sentada en SS de 28 de mayo de 1984, 16 de junio de 1987, y 25 de enero, 4 de abril y 24 de diciembre de 1988, no es de reconocer la independencia de dos distintas personalidades cuando al levantar el velo de una apariencia legal se descubre la inconsistencia de la personalidad jurídica de una determinada sociedad; y en el presente caso, la actividad de la Tesorería de la Seguridad Social, iniciada con la SRL lo estaba, en definitiva, contra los ahora recurrentes, de los que aquélla era un mero instrumento o testafarro, debiendo observarse, por otra parte, que cualquier defecto en la tramitación administrativa que condujo al embargo por causa de certificaciones de descubierto, y a la adjudicación en pago y entrega de la suma embargada debe plantearse en el ámbito administrativo y no por el cauce de una tercería de dominio, aquí inadmisibles por las razones antes expuestas.

Fraude de ley.—Evidente fraude de ley es crear ficticiamente una sociedad tratando con ello de eludir una responsabilidad que incumbe personalmente y aunque el art. 1.º de la Ley de 1953 previene que los socios de las compañías de responsabilidad limitada no responderán personalmente de las deudas sociales, tal norma no se aplica cuando su creación sea ficticia como mero instrumento o testafarro de las personas físicas que las integran. (STS de 16 de marzo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Se dice ya en la S de 28 de mayo de 1984 —que es, probablemente, el primer pronunciamiento íntegro de nuestra Sala 1.º en esta materia (De Angel Yagüez)— «que ya desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.º-1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.º-4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas, cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.º-2 CC) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (art. 10 Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial de su derecho” (art. 7.º-2 CC)».

Hay que reconocer que, hasta la fecha, el TS parece haber hecho aplicación amplia, aunque ajustada, de esta doctrina jurisprudencial, a campos tales como el de la responsabilidad civil extracontractual, colisión de intereses entre el ente social y sus miembros, casos encubiertos de autocontratación o similares, tercería de dominio, actos fiduciarios, confusión entre las denominaciones y actuaciones de personas jurídicas y también en el ámbito laboral (Cfr. De Angel Yagüez, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid 1990, en la que se expone el estado de la doctrina y se hace una interesante selección jurisprudencial).

En el presente caso, sin añadirse nada a la doctrina ya conocida, se hace una aplicación en un caso de tercería de dominio. En realidad, la invocación es *obiter dicta*, dado que el rechazo de la tercería se basa en motivos de inadmisibilidad establecidos en la LEC. (G.G.C.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Vecindad civil catalana: Adquisición por residencia del menor sujeto a patria potestad: Derecho derogado: Conservación de la vecindad común.—La sentencia recurrida, con la simplista argumentación que contiene, se limita escuetamente a considerar que el demandado adquirió la vecindad civil catalana por su residencia continuada durante diez años en Barcelona sin declaración en contrario durante este plazo, pero ello parte

del supuesto, aunque no razona nada al respecto, de que al llegar a dicha ciudad a la edad de doce años, en unión y bajo la patria potestad de sus padres, éstos tampoco tenían aquella vecindad, pues si la hubieran tenido, esa misma le habría correspondido a su hijo, sin tener que esperar al transcurso de los diez años; ha de entenderse, por ello, que los referidos padres tenían la vecindad civil común al proceder de Moratalla (Murcia) cuando emigraron en 1966 a Barcelona, sin que aparezca probado que la adquirieran por residencia de dos años con manifestación en tal sentido ante el Registro Civil, ni tampoco con anterioridad a que el hijo adquiriera su mayoría de edad en 1975, había transcurrido el plazo de diez años desde su llegada a Barcelona. Por tanto, es evidente que el demandado, al alcanzar la mayoría de edad, tenía la vecindad civil común, que conservó al trasladar su residencia a Palma de Mallorca, ya que conforme al pár. 2.º del art. 225 del Reglamento del Registro Civil «en el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente registrar su persona».

Régimen económico del matrimonio: Derecho derogado.—El tener el demandado la vecindad civil común cuando contrajo matrimonio en 1983, en Palma de Mallorca, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales, ha de concluirse que el régimen económico del mismo es el de gananciales; lo que el propio interesado reconoció en el juicio de separación matrimonial ante el Juzgado de Familia, en prueba de confesión ante el mismo Juzgado y en las declaraciones del Impuesto sobre la Renta durante los años de matrimonio.

Liquidación de la sociedad de gananciales: Bienes comprados a plazos por ambos cónyuges antes del matrimonio.—El piso litigioso fue comprado conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio, por precio aplazado, una parte de cuyo precio lo pagaron en estado de solteros, con dinero privativo, en cuantía y proporción que no constan, y el resto con dinero ganancial durante el matrimonio, por lo que ha de resolverse que el expresado piso, que fue adquirido para vivienda familiar, y como tal lo han venido usando los esposos, corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos, en copropiedad a su vez, en proporción al valor de sus aportaciones respectivas, conforme a los arts. 1.354 y pár. 2.º del art. 1.357 CC, cuyas aportaciones habrán de ser determinadas en fase de ejecución, siendo esta normativa aplicable también al ajuar familiar adquirido en idéntica forma; en cambio, a las cuentas corrientes o libretas de ahorro, que figuran a nombre de ambos esposos, ha de atribuirse carácter ganancial al no haberse probado que el saldo de las mismas o parte de él perteneciera privativamente a los esposos separados. (STS de 23 de marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.—Minuciosa descripción del supuesto de hecho que contrasta con el somero análisis de los hechos por la sentencia de la Audiencia. La doctrina relativa a la adquisición de vecindad por residencia del menor sujeto a patria potestad parece que no podrá

ser mantenida después de la reforma del art. 14 CC por la Ley de 15 de octubre de 1990, dada la eficacia que ahora se otorga a la declaración de voluntad del menor que ha cumplido catorce años: *vide* Bercovitz, *La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/1990 sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del CC en materia de nacionalidad*, en *Rev. Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, enero-agosto 1991, p. 185 s.; Delgado, en Lacruz, *Elementos*, 1-2.º (reimpresión 1992), p. 177 s.; y también vol. *Comentarios a las reformas del Código civil* (coordinado por R. Bercovitz) (Madrid 1993), p. 523 s. Para este último autor, el art. 225 RRC debería entenderse derogado por el nuevo art. 14 CC reformado en 1990; por lo demás, la aplicación de los arts. 1.354 y 1.357, pár. 2.º, CC resulta correcta. (G.G.C.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

3. Mora en las obligaciones recíprocas.—El vendedor, ni en el momento de requerir notarialmente al comprador para el otorgamiento de la escritura, ni al tiempo de interponer la demanda, se encontraba en situación de hacer entrega de los locales al demandado, al no estar éstos terminados en la forma pactada, pues sólo lo estuvieron en el transcurso de la primera instancia del juicio, y dado el carácter simultáneo que se dio al otorgamiento de la escritura y al de la entrega material de la posesión de los locales, el vendedor no podía intimar de mora al comprador al no estar él en condiciones de cumplir lo que le incumbía, de acuerdo con el último pár. del art. 1.100 CC; subsistentes las declaraciones de instancia que imputan al vendedor recurrente un incumplimiento contractual constitutivo de mora, y no así al comprador recurrido, es correcta la aplicación que la Sala de instancia hace del art. 1.101 CC al imponer al recurrente la obligación de indemnizar por morosidad en el cumplimiento sus obligaciones contractuales.

Indemnización de daños y perjuicios: Art. 928 LEC.—Si la sentencia recurrida no ha estimado probada la existencia de los daños reclamados, tampoco puede determinarse la cuantía de los mismos en fase de ejecución, puesto que dicha sentencia es presupuesto ineludible para poder, con posterioridad o inmediatamente después, en la misma decisión o en ejecución de sentencia, fijar la cantidad a que ascienden, y tampoco puede dejarse para esa fase de ejecución la determinación de la existencia de los daños; por otra parte, es de tener en cuenta que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios, lo son de hecho y su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia, y sólo son impugnables en casación por la vía del ordinal 4.º del art. 1.692 LEC.

Enriquecimiento injusto: Ausencia de causa del desplazamiento patrimonial.—La reiterada doctrina jurisprudencial ha declarado que la *conditio* basada en el enriquecimiento injusto exige para su éxito, entre otros requisitos, la falta de causa en el desplazamiento patrimonial y consiguiente ventaja adquirida; en el presente caso aquél encuentra su causa en una resolución judicial suficientemente motivada, a través de la cual se hace efectivo el derecho de una parte contratante a ser indemnizada por los perjuicios causados por el incumplimiento de la otra, y sin que exista precepto legal alguno que justifique la limitación de su importe económico al valor del objeto del contrato cuando tales perjuicios se están produciendo en tanto no se dé real cumplimiento al contrato; otra cosa supondría cercenar el derecho del perjudicado a obtener un total y pleno resarcimiento. (STS de 23 de marzo de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Pactado el pago de una elevada indemnización de daños y perjuicios por cada mes de retraso en la entrega de locales y otorgamiento de escritura pública (que asciende a la suma de casi 400.000 ptas.) se invoca en el recurso que puede darse un enriquecimiento injusto, pues la suma final puede exceder del valor mismo de los inmuebles adquiridos. En realidad es una cláusula penal en función de garantía que debiera influir eficazmente en la voluntad de cumplimiento del contrato. La S extractada invoca la de 2 de enero de 1991, según la cual, «cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que puedan lesionar la equidad... los beneficiados indirectamente por ellas no se enriquecen injustamente». Con todo, en términos generales, no es posible excluir la aplicación de principios generales, tales el de buena fe y el de prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo, que impedirían consecuencias exorbitantes; más concretamente, en el presente caso, acaso hubiera cabido invocar el art. 1.154 CC. (G.G.C.).

4. Pruebas para mejor proveer.—La facultad de acordar la práctica de pruebas para mejor proveer compete, de manera exclusiva, a los órganos de instancia, sin que, de acuerdo con la constante doctrina casacional, quepa revisar por esta Sala el uso de tales facultades haya hecho la Sala de Apelación.

Intereses moratorios.—Debido al gran interés que tiene la sentencia que tratamos en este punto, y que más adelante comentaremos, recogeremos textualmente lo más importante que el Alto Tribunal dice sobre el particular. «Primera: Que aun cuando esta Sala no pretende desconocer la doctrina, reiteradamente sentada por la misma, cristalizada en el brocardo *in illiquidis no fit mora*, doctrina esta que se reitera en la presente resolución, parece, sin embargo, necesario proceder a verificar algunas matizaciones en la misma que afectan, tanto a su interpretación como a los supuestos en que

procede su aplicación. Segunda..., si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzca en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Tercero: Que tal razonamiento cobra mayor fuerza si tenemos en cuenta que, por regla general y salvo algunos supuestos..., debe subrayarse que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que, por el contrario, tiene carácter meramente declarativo, lo que permite concluir que, a través de la misma, no se hace sino declarar un derecho —bien sea real o bien de crédito— a la obtención de una cosa o cantidad, que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía, y debía de haberle sido atribuida al acreedor. Cuarto: Que si, como ya se tiene dicho, las cosas claman por su dueño y deben ser entregadas a éste con todos sus accesorios, frutos e intereses, no parece injusto que, en aquellos supuestos en que, como el presente, puede fácilmente colegirse en la litis la existencia de una deuda en favor del actor y en contra del demandado, se entienda que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial».

Incongruencia.—Hay incongruencia cuando en la demanda se solicitó la condena al demandado al abono de los intereses legales, y el juzgador de instancia, estableciendo diferenciaciones no solicitadas, condenó al abono del interés del 4 % anual desde la fecha del emplazamiento hasta la sentencia y del 11,50 % desde esta última hasta el pago. (STS de 5 marzo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Se promueve demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva por parte de «Zerimar, S.A.», sobre reclamación de cantidad (4.226.992,50 pts. más los intereses legales que correspondan) en relación con el importe de dos certificaciones de obras realizadas por la demandante, contra «Polígono Naves Industriales Huelva, S. A.».

El Juzgado de Primera Instancia condenó al demandado al abono de la suma de 4.144.241,16 pts. (cantidad inferior a la solicitada puesto que no se incluyó el IVA), más el interés del 4 % anual desde la fecha del emplazamiento hasta la de esta sentencia y del 11,5 %, desde esta última hasta el pago. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia de Primera Instancia. El Tribunal Supremo casó parcialmente la misma en el sentido de condenar a la demandada al abono de los intereses legales de la suma

de 4.144.241 pts. desde el momento en que se le emplazó para contestar la demanda contra ella promovida, confirmando la sentencia recurrida en el resto de sus pronunciamientos.

NOTA.—Esta sentencia es altamente innovadora en varios sentidos. Fundamentalmente cabe destacar la importancia que supone el hecho de que se matiza (por no decir se aparta) en gran medida de lo que ha venido siendo la doctrina predominante del TS en materia de intereses moratorios, pues en virtud del principio *in illiquidis non fit mora*, no se apreciaba la existencia de tales intereses cuando se producía una diferencia, aunque fuera pequeña, entre la cantidad reclamada y la finalmente concedida por el tribunal. En el caso de autos, aunque la diferencia cuantitativa entre lo pedido y lo otorgado se debe a la no inclusión del IVA en el segundo caso, se puede ver que el TS va flexibilizando el requisito de la liquidez de la mora.

Este dato se encuentra corroborado con el reconocimiento expreso por parte de nuestro Alto Tribunal de la necesidad de proteger al acreedor. Esta protección se le ofrece cuando aquél recibe la suma que represente la cantidad adeudada en el momento en que es efectivamente pagada. De esta afirmación se derivan dos consecuencias: una primera, reconocida por el mismo Tribunal, se refiere al natural carácter fructífero de la deuda dineraria que conlleva el devengo de unos intereses que pertenecen a su propietario, en este caso el acreedor; una segunda, sería la posible concurrencia junto a estos intereses de una indemnización que tuviera su causa en daños sufridos como consecuencia de alteraciones monetarias (ver en este sentido Bonet Correa, «La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», *ADC*, 1979, 391-392; Id., *Las deudas de dinero*, 1981, p. 390 y ss.). Queda, sin embargo, en el aire la posibilidad de la indemnización del mayor daño sufrido por el acreedor como consecuencia de la mora y no cubierto por la cuantía de los intereses moratorios.

Finalmente nos queda señalar el hecho de que nuestro TS haya concedido sólo los intereses moratorios (cuya cuantía coincide con el interés legal) desde el emplazamiento para contestar a la demanda y no haya hecho ninguna referencia a los intereses procesales del 921.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que son apreciables de oficio, surgen *ope legis*, como esta misma Sala ha subrayado reiteradamente y, además, se daban los requisitos tanto materiales (condena al pago de una cantidad líquida) como teleológicos (abuso del mecanismo de los recursos por parte de la demandante) necesarios para su aplicación, siendo, por otro lado, más beneficiosos para el acreedor, pues están dos puntos por encima del interés legal del dinero. (*V.M.L.*).

5. Documento público. Eficacia probatoria.—Es doctrina reiterada y constante que el documento público hace prueba del hecho que motiva

su otorgamiento y de la fecha de éste, pero su eficacia probatoria no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, al no ser necesariamente superior tal prueba a las otras, pues de esa veracidad intrínseca no puede dar fe el Notario y, por contra, ha de señalarse que la apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador, no impugnabile en casación, ya que los arts. 659 LEC y 1.248 CC no contienen reglas de valoración tasadas, correspondiendo al último precepto mero carácter admonitivo, no preceptivo.

Resolución basada en el art. 1.124 CC. Presupuestos.—Para la aplicación del precepto no se precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985) y el fin normal del contrato (SS de 27 de octubre de 1981, 11 de octubre de 1982 y 7 de marzo de 1983).

Renuncia a las facultades derivadas de pacto comisorio. Interpretación.—La falta de pacto comisorio expreso no impide en las obligaciones recíprocas que entre en juego la facultad resolutoria implícita, contemplada por el art. 1.124 del CC, por lo que el incumplimiento del contrato por la parte contraria permite ejercitarla, ya que en otro caso quedarían los cedentes inermes, máxime cuando la renuncia de derechos ha de ser clara, terminante, precisa e inequívoca, lo que impone una interpretación restrictiva.

Contrato de vitalicio. Su naturaleza. Diferencias con el contrato de renta vitalicia.—Según señaló la sentencia de 28 de mayo de 1965, al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado «vitalicio», que no es una modalidad de la renta vitalicia de los arts. 1.802 a 1.808, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, con la posibilidad de apartamiento unilateral cuando los alimentos han de prestarse en régimen de convivencia, sin más consecuencia que la de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad. Y es procedente la resolución frente a quien no sólo incumple, sino que deja de cumplir cuando cree tener plenamente asegurado su derecho por haber inducido a la parte contraria a renunciar al pacto comisorio expreso, con olvido de que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas.

Contrato de vitalicio. Pluralidad de cedentes: Fallecimiento de uno y legitimación del supérstite para pedir la resolución.—Nada tiene que ver el contrato denominado «Vitalicio», creador de obligaciones recíprocas entre los otorgantes, con la obligación *ex lege* de alimentos entre parientes;

El vitalicio puede tomar como módulo de duración la vida de varias personas y ser éstas las acreedoras, como cedentes, a ser tenidas en compañía de la cesionaria, que ha de cuidarlas, asistirles, atenderlas y prestarles alimentos en la extensión determinada en el art. 142 del CC. Fallecido uno de los cedentes cuando la acción resolutoria por el incumplimiento de la obligación recíproca ya había nacido, tiene el sobreviviente legitimación para accionar la resolución contractual y solicitar la restitución de todos los bienes cedidos por las siguientes razones: a) por derecho de sucesión (al ser dicha acción de carácter económico, no personalísima) y ser el demandante heredero universal de la cedente premuerta; b) por derecho propio: no se otorgaron dos contratos de «vitalicio», sino uno solo con beneficiarios simultánea y sucesivamente, sin extinción parcial, ni consolidación del pleno dominio hasta la muerte de ambos; los bienes cedidos lo fueron para atención a ambos cónyuges, como prestaciones unitarias y no divisibles. (STS 22 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El 28 de septiembre de 1977, los cónyuges Pedro V. C. y Juana P. C. otorgaron escritura pública con María V., por la que cada uno de aquéllos cedía y transmitía en nuda propiedad a ésta una finca de su pertenencia, reservándose el usufructo vitalicio para sí y para su cónyuge, con la contraprestación de María V., de tener en su compañía a los cedentes, cuidarles, asistirles, atenderles y prestarles alimentos en la extensión determinada en el art. 142 del CC, obligaciones que se transmitirán a los herederos en caso de muerte de la cesionaria. Se acordó que dichas obligaciones tendrían el carácter de condición a todos los efectos legales, de modo que el incumplimiento total o parcial daría lugar a la resolución de la cesión, sin que la cesionaria pudiera, en tal caso, reclamar cantidad alguna por los servicios o alimentos prestados. En virtud de nueva escritura otorgada el 23 de enero de 1980, los cedentes, estimando que sus derechos se encontraban suficientemente garantizados por la reserva de los usufructos vitalicios y las obligaciones contraídas por la cesionaria, renunciaron a la condición resolutoria estipulada a su favor. Tras el fallecimiento de Juana P.C., su marido demanda la resolución del contrato de cesión por incumplimiento de la cesionaria, lo que fue desestimado por el Juzgado, pero admitido en Apelación. (I.G.P.).

6. Contratos privados y contratos administrativos: Criterios de calificación.—La doctrina científica y la jurisprudencial atienden básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de manera que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y, por lo mismo, corres-

pondiente a sus funciones peculiares, sentido claro que igualmente inspira el artículo cuarto de la Ley de Contratos del Estado de 17 de marzo de 1973, cuya regla segunda comprende la actuación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su competencia funcional. Criterio diferenciador que había sido ampliamente desarrollado por la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1982 al establecer que, para la caracterización de los contratos administrativos, ha de seguirse el criterio de que cuando, lo que un sector doctrinal ha llamado con expresión feliz, modulación del contrato por la Administración —variantes introducidas por su presencia en la genérica institución contractual—, alcanza cierta intensidad es predicable la atribución a la jurisdicción contenciosa de los litigios que versen acerca del contrato en tal situación, debiendo ponderarse dicha modulación en el ámbito de actuación que a la Administración le corresponde como propio de sus funciones peculiares. La legalidad española sufrió una importante innovación después de la Ley de Contratos del Estado, modificada por la de 17 de marzo de 1973 al ampliar el campo de los convenios que deben reputarse contratos administrativos, que no se limitan a los que tengan por finalidad «las obras y servicios públicos de todas clases» a que se refiere el texto del art. 3.º-a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, hasta alcanzar aquellos otros que tengan tal carácter por declaración legal o por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo. Además, y muy principalmente, la Ley de 17 de marzo de 1973 sustituye, en materia de supletoriedad, el tradicional criterio de la aplicabilidad de las normas administrativas sólo como excepción a la normativa de derecho común, por el principio de autointegración del propio ordenamiento administrativo que, en la materia de contratos, ha de considerarse ya dotado de un verdadero derecho objetivo autónomo, al establecer el art. 4.º, regla 2.ª de la Ley de Contratos del Estado que en caso de silencio contractual o legal sea la misma Ley o los principios generales derivados del Ordenamiento administrativo los que, en preferente lugar rijan como supletorios. (STS de 28 de octubre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—En 1973, «Faditex, S. A.», compra un solar en un polígono industrial, figurando como vendedor el Instituto Nacional de Urbanismo. La compradora demanda al vendedor (Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda) para que se realicen las obras de urbanización acordadas. En primera instancia y en apelación se condena al demandado a ejecutar las obras necesarias. El Tribunal Supremo admite el recurso al apreciar que el conocimiento de la cuestión corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. (I.G.P.).

7. Resolución de una compraventa de acciones. Improcedencia cuando el hecho obstativo del incumplimiento es imputable a un terce-

ro, no a una de las partes.—Nuestro Tribunal Supremo viene considerando necesario para la aplicación del art. 1.124 del CC, «una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente, bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien en una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente». Si bien esta doctrina ha sido matizada en el sentido de exigir que el resultado del incumplimiento de una de las partes de las obligaciones que a ésta le incumben sea grave y le sea imputable, habiéndose producido como consecuencia de una conducta obstativa de ésta que, de un modo indubitado, ha originado una actividad que puede ser, en su caso, omisiva y que puede consistir en una prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante. (STS de 30 de marzo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Se promueve demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró, sobre la resolución de un contrato de compraventa de acciones. La parte demandada suplicó la desestimación de la demanda basándose en que el complemento del precio que debía satisfacer no se había hecho por causas a él no imputables y a su vez formuló reconvencción, solicitando que se estimase que el precio pagado por las acciones era el de cinco millones de pesetas. Según queda acreditado en el recurso, este complemento del precio de compra se debía hacer tomando como base el patrimonio social neto de la sociedad —reduciendo de dicha cantidad la cifra de treinta y un millones de pesetas dividido por cuatro— y el balance social no había sido entregado a los demandados por el administrador de la misma, pese a sus requerimientos. Por tanto, la causa del incumplimiento ni era imputable a la actora, quien ya había perdido la condición de accionista, ni a la parte demandada, sino que se debía a un acto propio de un tercero, el administrador de la sociedad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró decretó la resolución del referido contrato de compraventa de acciones y estimó la reconvencción en cuanto al precio pagado por las acciones. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó los recursos interpuestos por ambas partes. El Tribunal Supremo estimó el recurso y casa parcialmente la sentencia en el sentido de desestimar la demanda, confirmándola en lo demás. (V.M.L.).

8. Impugnación de honorarios del abogado por indebidos. Costas procesales.—Como señala nuestro Alto Tribunal, el crédito de costas es una obligación de origen legal a la espera de que la sentencia la imponga, de cuantía indeterminada pero determinable (basta tomar como patrón el art. 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los arts. 423 y

429 del mismo texto). Este mismo Tribunal ha precisado en este fallo que no todos los gastos que origina el proceso son costas, por cuanto de las costas debían excluirse las partidas que no obedecieran a actuaciones precisas, concretas o útiles y aquellas otras que fueran consecuencia de intereses particulares de la parte. Por otra parte, el crédito de costas no depende de que el beneficiado con ella pague o no a su abogado. El procedimiento privilegiado para exacción de honorarios (art. 12 en relación al 8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sólo legitima al abogado frente a su cliente moroso en el plano de la relación contractual de servicios y no es aplicable a la exacción de un crédito entre partes procesales en ejecución de sentencia y como un aspecto más de ella. (STS de 24 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La parte condenada en costas como consecuencia del recurso de casación de fecha 3 de mayo de 1988 impugnó la tasación de costas practicada por la parte contraria, al considerar como indebidos y, en su caso, excesivos los honorarios de su Letrado.

El Tribunal Supremo declaró debidos estos honorarios y, rechazando la impugnación interpuesta, dio trámite a la impugnación por excesivos. (V.M.L.).

9. Compraventa de inmueble: Arras penitenciales. Interpretación: Actos posteriores al contrato.—Resulta esencial interpretar la frase «como señal y parte del precio» con base en la norma del apartado primero del art. 1.281 CC, y resulta evidente que la literalidad de la misma, atendida a sus propios términos, no permite estimar que la cantidad de cien mil ptas., constituida por el talón nominativo que se reseñaba, fuese representativa, pura y simplemente, de una «entrega a cuenta del precio», ya que, en tal caso, la tan repetida frase supondría una notoria redundancia, lo cual no sucedería si la palabra «señal» se entendiese como sinónima de «arras», sin que pueda olvidarse al respecto la equivalencia en que son empleados los vocablos «arras» y «señal» en el art. 1.454 CC, siendo otro argumento favorable a la indicada sinonimia el insignificante importe del talón recibido en comparación con el total precio de la venta, 100.000 pts. y 9.250.000 pts. respectivamente. Interpretación que se refuerza con base en el art. 1.282 CC, pues dentro de los llamados actos posteriores, bien inmediatos al contrato, son de destacar: a) la falta de cobro del talón entregado, y b) la carta remitida por la vendedora al comprador, por conducto notarial, en la que se manifiesta la imposibilidad de venta del piso. Así, conjugando los factores que han sido objeto de hermenéutica y valorándolos de una manera racional y crítica, es de llegar a la conclusión de que la entrega dineraria efectuada por medio de talón bancario en el contrato litigioso lo fue en el concepto de arras penitenciales que se autorizan en el art. 1.454 CC, lo que facultaba a los contratantes a un posible desistimiento o retractación de lo

convenido, por lo cual la interpretación de la sentencia recurrida no careció de sentido lógico, sin que el resultado exegético de la presente pueda quedar desvirtuada por la doctrina jurisprudencial concerniente a que las arras tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva, toda vez que en el presente caso se evidencia que concurrió una voluntad en pro de contratar bajo la mediación de arras penitenciales. (STS de 16 marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.—Una doble consideración merece esta sentencia, de una parte constatar que se trata de un supuesto «de libro» como se comprueba leyendo la carta que la vendedora dirige al comprador veinte días después de haber firmado el documento privado de compraventa, en la que expone las razones para desistir del contrato (se transcribe sucintamente en el primer FD); de otra, el serio esfuerzo que ha de hacer el TS para situarse fuera de la interpretación restrictiva predominante en materia de arras penitenciales. En este caso lo ha hecho brillantemente el Ponente Barcla y Trillo-Figueroa, y ello debe destacarse. La sentencia es plenamente de aprobar. (G.G.C.).

10. Compraventa de plazas de garaje en comunidad romana: *Aliud pro alio* y no saneamiento por vicios: prescripción de la acción.—Lo que adquirirían los compradores eran unos espacios físicos para ser destinados a plazas de garaje, lo que significa que el inmueble se transmitía para un fin concreto y específico, que no pudo alcanzarse por haber modificado el vendedor las instalaciones previstas en el proyecto de obra, con lo cual el local no reunía las condiciones exigidas reglamentariamente para su habilitación al fin perseguido por su venta; no concurren los presupuestos de hecho del art. 1.490 CC, pues no se trata del ejercicio de una acción edilicia de saneamiento por vicios de la cosa vendida, sino de incumplimiento de contrato por haberse entregado una cosa que por circunstancias objetivas integradas en la causa del contrato, resulta inhábil para el fin previsto; según SS de 26 de mayo y 26 de octubre de 1990 se da lugar a entrega diversa cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, dado que éste no puede obtener el fin económico del contrato, como declara la S. de 15 de julio de 1987; el plazo de prescripción de la acción es el de quince años del art. 1964.

Móvil impulsivo y determinante elevado a causa del contrato.—A la misma conclusión se llega bajo la perspectiva de la doctrina jurídica de la causa en cuanto que la finalidad perseguida por los compradores de utilizar el inmueble adquirido para plazas de garaje no puede degradarse a mero motivo subjetivo del contrato, sino que fue la causa impulsiva y determinante, y así se expresó en los respectivos contratos elevados a escrituras públicas; móvil impulsivo y determinante que la doctrina de esta Sala considera como causa jurídica en concepto de finalidad concreta perseguida

por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad.

Legitimación del comunero.—Es doctrina inconcusa y constante de esta Sala que no se da la falta de legitimación en el actor, aunque no se haya hecho constar en la demanda de manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma; la legitimación activa del comunero, en cualquier clase de comunidad, incluso en la propiedad horizontal, viene determinada por su fundamento en el derecho material ejercitado y por el resultado provechoso pretendido, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor. (STS de 8 abril de 1992, no ha lugar).

NOTA.—Un caso más de la conocida doctrina del *aliud pro alio* que puede considerarse consolidada en la jurisprudencia de la Sala 1.ª, y lo propio puede predicarse de la legitimación procesal del comunero en cualquier modalidad comunitaria. (G.G.C.).

11. Arrendamiento de almacén: Sustitución de la entidad arrendataria, consentida por las partes contratantes: Subsistencia del vínculo arrendaticio.—Aunque inicialmente el vínculo arrendaticio de que se trata fue constituido con la entidad «Dimasa» en concepto de arrendataria, sin embargo, habiendo cesado en su actividad pasó a ejercer la posesión arrendaticia sobre el local la empresa «Cedinsa», creándose una actuación consentidora por el representante de la inicial arrendataria, de una sustitución formal, y acaso también material, en dicha posición jurídica, en favor de la segunda, que ha de entenderse válida en cuanto al arrendador al no rechazarla, al serle indicado que la demanda de desahucio por falta de pago debía dirigirla contra la entidad subrogada, y también al haber aceptado una transferencia suya de pago de renta, y en cuanto al arrendatario inicial por ser precisamente su representante quien indicó al arrendador el cambio experimentado en la relación arrendaticia.

Actos propios.—Se premiaría la mala fe de quien, teniendo reconocido que cesó en la actividad en el local cuestionado, la cual pasa a ser desempeñada por otro, pretende luego desdecirse tratando de restablecer un vínculo arrendaticio que reconoció haberse extinguido con aceptación del arrendador, vulnerando el esencial principio de derecho procesal de que nadie puede ir contra los propios actos, y pretendiendo, contrariándolo, alterar los normales efectos ejecutorios de una sentencia firme dictada contra la entidad que le había sustituido en el vínculo arrendaticio, sin oposición del arrendador.

Nulidad del juicio de desahucio por falta de pago instado contra el arrendatario actual. Cosa juzgada de la sentencia.—El efecto de cosa juzgada de la sentencia de desahucio por falta de pago, dictada contra el nuevo arrendatario, en nada afecta al inicial que se desvinculó del contrato,

y por tanto es inadmisibile la pretensión de nulidad que interesa de tal juicio, que indudablemente produce sus normales efectos, en relación al local en cuestión, entre el arrendador y el actual ocupante del mismo, la entidad «Cedinsa», por derivación de la transmisión del vínculo arrendaticio que a su favor hizo, sin oposición del arrendador, la inicial arrendataria «Dimasa».

Tutela judicial efectiva.—No se viola este principio constitucional por el hecho de que el inicial arrendatario quedara desvinculado voluntariamente de la relación arrendaticia, no afectándole, en consecuencia, el juicio de desahucio interpuesto posteriormente contra el nuevo arrendatario.

Eficacia relativa del contrato.—Ciertamente el art. 1.257 CC sanciona que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, pero ello no impide que los produzcan respecto a quien en el contrato ha sustituido a uno de los contratantes, pues la S de 14 de marzo de 1928 reconoce que el contrato también obliga al sucesor a título particular, y en el presente caso «Cedinsa» pasó a adquirir la titularidad arrendaticia sobre el local que inicialmente había concertado «Dimasa».

Abuso de derecho.—Requiere para su apreciación el uso de un derecho objetivo y externamente legal, con daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, e inmoralidad o antisocialidad de ese daño, de tal manera que, como pone de relieve la S de 26 abril de 1976, es una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan la protección jurídica; pero estas circunstancias no se dan en el presente caso, toda vez que si se produjo el desplazamiento del vínculo arrendaticio en favor de «Cedinsa», ningún abuso de derecho se produce demandándola por falta de pago al estar legitimada para ello, pues ninguna norma prohíbe, ni es contrario a derecho, ni fraudulento, demandar a quien está obligado al pago de la renta o merced arrendaticia.

Sociedad Anónima arrendataria no inscrita en el registro mercantil.—Tal hecho no implica la nulidad del juicio de desahucio por falta de pago, dado que la obligación del pago de la renta no trae causa de la legalización formal del ente social, que la inscripción registral significa, sino de la posesión efectiva del local arrendado.

Bienes depositados en local arrendado objeto de desahucio: Indemnización de daños y perjuicios.—El arrendatario inicial, desvinculado del contrato, no tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios por los bienes de su propiedad depositados en el local desalojado por no haberse probado ningún menoscabo en los mismos durante su permanencia en dicho local, ni tampoco sería procedente porque pudo haberlos retirado y no los retiró desde que fue requerido para ello. (STS de 14 marzo 1992; no ha lugar).

NOTA.—Supuesto de hecho bastante complejo que la S extractada logra desenmarañar con acierto (Ponente Santos Briz). Hay un

contrato de arrendamiento de una nave destinada a usos industriales (al parecer, almacén de maquinaria), respecto del cual no se aclara en la S si está, o no, sujeto a la legislación especial, aunque en el razonamiento empleado se invocan —ciertamente, no con carácter esencial— preceptos de la LAU; se obvia el cumplimiento de los requisitos legales del traspaso y se da por realizada una sustitución de la entidad arrendataria con anuencia de todas las partes implicadas en el contrato inicial. Parece que entre ambas entidades arrendatarias hay coincidencia de algunas personas. También media un proceso penal con sentencia absolutoria. Lo único claro es que el inicial arrendatario trata de volverse atrás de su voluntaria desvinculación del contrato y utiliza toda clase de argumentaciones para lograr su propósito. Pese a la indeterminación de algunos puntos, la solución parece acertada. (G.G.C.).

12. Arrendamiento de local de negocio celebrado el 29 de abril de 1985: Sujeción a prórroga forzosa.—El contrato de arriendo de 29 de abril de 1985, si bien su clausulado incluyó como término de duración el de dos años, tal pacto no ha de reputarse válido y carece de eficacia en el particular, ya que el convenio estaba afectado de la prórroga obligatoria para el arrendador, establecida como derecho irrenunciable en el art. 57 y concordantes de la LAU, de 1964; en consecuencia el arriendo no finalizaba el 29 de abril de 1987, y tampoco estaba sometido al régimen de libertad temporal que estableció el art. 9.º del Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, que entró en vigor el día de su publicación en el *BOE*, que correspondió al 9 de mayo de 1985, disciplinando los arrendamientos conforme a las leyes de mercado.

Interpretación de cláusula adicional.—La cláusula adicional, fechada el 29 de abril de 1987 e inserta en el mismo cuerpo documental del contrato, contiene, con respecto a éste, dos variaciones expresamente convenidas: una que corresponde a la elevación de la renta, que pasa de 60.000 pts. a 65.000 pts mensuales, y es consecuencia del pacto revisorio contenido en el contrato originario, y otra relativa a la renovación de la locación por un año más; a esta cláusula adicional el recurrente pretende atribuirle naturaleza y eficacia de convenio nuevo que extingue y sustituye el anterior preexistente, y que requiere interpretación.

Elementos esenciales del contrato de arrendamiento urbano.—Los elementos esenciales sobre los que se proyectan los contratos de arrendamientos urbanos son la cosa que se cede y el precio que se percibe por ello (arts. 1.543 y 1.546 CC), si bien éste puede sufrir alteraciones por las incidencias de las cláusulas estabilizadoras, que, en la dinámica del contrato, suelen llegar a representar variaciones muy apreciables para los precios que inicialmente se concertaron. La discutida cláusula adicional introdujo evidentemente variaciones en el contrato relacionante, por lo que procede analizar su alcance.

Doctrina general sobre la novación.—La novación representa en términos generales un cambio en la relación negocial obligatoria, que cuando es esencial y de manera muy primordial, porque así expresamente se recoja en el nuevo convenio el *animus novandi* de las partes interesadas que lo introducen, tiene consideración de extintiva, la que en todo caso han de declarar expresamente los otorgantes como condición indispensable para que tal novación sea operativa conforme establece el art. 1.204 CC; la doctrina de esta Sala interpreta restrictivamente el concepto de novación, y nuncā se presume, de tal manera que no puede declararse en virtud de sólo presunciones por muy razonables que se presenten éstas (SS de 24 de febrero de 1964, 11 de febrero de 1965, 2 de junio de 1968 y 25 de enero de 1991).

Carácter modificativo de la novación del contrato en cuanto a la renta.—La referida cláusula adicional no reúne los requisitos de constituir un nuevo contrato que sucediera al precedente, ya que, aparte de la forma material como aparece exteriorizada, sólo contiene la alteración apreciable de la actualización convenida de las rentas, pues la nueva prórroga que se pactó por un año más al arrendamiento, está viciada de nulidad, al regir para el mismo el régimen de prórroga forzosa irrenunciable para la recurrida; el elemento esencial de la relación arrendaticia sigue siendo idéntico y similares las condiciones con las que se cedió; como han declarado las SS de 27 de febrero de 1965 y 23 de julio de 1991, la simple alteración de la renta no determina necesariamente la renovación del contrato; por todo lo expuesto ha de entenderse novado de modo sólo modificativo, no por extinción objetiva, el contrato de 29 de abril de 1985, que continúa subsistente y vinculante para las partes que lo suscribieron, sin más que el aumento en el precio de la renta mensual conforme se pactó y recoge dicho acuerdo, que es sólo complementario del pacto inicial, en cuanto lo actualiza a efectos económicos. (STS de 18 de marzo 1992; no ha lugar).

NOTA.—Nada que objetar a esta sentencia «pedagógica» de que ha sido Ponente Villagómez Rodil. La mera proximidad cronológica a la promulgación del Decreto-Ley Boyer no obliga a modificar las normas imperativas sobre entrada en vigor de las leyes. La única posibilidad que tenía el recurrente para que se estimara su impugnación (por cierto, las sentencias de instancia eran conformes) era lograr demostrar que la cláusula adicional implicaba una novación extintiva; tarea ardua, por no decir imposible, a la vista de una doctrina bien consolidada que la S. extractada se limita a recordar. Con todo, y aunque el argumento resulta empleado *obiter*, el 4.º FD contiene una interpretación del ya famoso art. 9.º de Decreto-Ley Boyer que interesa recoger: «La referida disposición legal, si bien en forma relativamente aparatosa se encabeza como “supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos”, determina una meditada interpretación para cada caso concreto, pues las normas

han de ser racionalizadas en su aplicación, y precisamente el adverbio *forzosamente*, que contiene el Decreto-ley, da paso a dos regímenes de contratos arrendaticios: a) El que se rige por el Decreto-ley citado y con libertad de estipulación en su duración, y b) el general y limitativo de los derechos del arrendador, de la vigente LAU, que en todo caso se mantiene y no ha sido objeto de derogación si expresamente se pacta, es decir, que el Decreto-ley no suprime la prórroga forzosa para los arrendamientos urbanos; lo que sucede es que cabe su abrogación por las voluntades negociales manifiestas de los interesados al celebrar un pacto de arriendo, en el que el arrendatario renuncia y se somete a la vigencia temporal, que libremente se estipule, lo que resulta correcto y adecuado, conforme a los principios generales de la contratación. De esta manera surgen arriendos sin sujeción a prórroga forzosa, que tienen una vida de realización fuera del ámbito de la duración obligatoria que mantiene la LAU, pues, en todo caso, el Decreto-ley de referencia no prohíbe expresamente que puedan celebrarse contratos al amparo de la citada ley especial y por ello sometidos a prórroga forzosa».

Se defiende aquí una exégesis del aludido precepto que resulta irrelevante para la solución del caso, pues ha quedado razonado convincentemente que el contrato en cuestión queda fuera de la aplicación del Decreto-ley, pero que puede tener gran importancia práctica para los contratos posteriores hasta que entre en vigor la ley que actualmente se debate en las Cortes. Se sostiene ser conforme a los principios generales de la contratación el pacto de sujeción a la prórroga forzosa; ¿también durante tres generaciones? ¿una duración indefinida no desnaturaliza el contrato de arrendamiento de cosas? Por otra parte, la exigencia de que el pacto excluyente de la prórroga forzosa sea expreso plantea el problema del silencio de las partes al formalizar el contrato; tal silencio puede obedecer a muchos motivos, y hay tantas razones para interpretarlo en un sentido como en otro. Tampoco es desdeñable el riesgo que supone la posibilidad de pacto implícito o presunto, a tenor de las circunstancias. Sin duda el TS se ha inclinado, en este punto, por una generosa interpretación *pro locatario*. Quizá pudiera concluirse gráficamente que «la sombra de la LAU es alargada», y que ello puede ser indicio de las dificultades interpretativas que la nueva normativa puede encontrar en su aplicación judicial, si llega a convertirse en ley. (G.G.C.).

13. Arrendamiento de industria. Revisión posterior por los Tribunales de la facultad resolutoria del art. 1.124 CC, si no es aceptada por la otra parte.—Según doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de 1 de junio de 1987, 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 12 de marzo y 4 de abril de 1990, entre otras), «es, efectivamente, la de que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en vía judicial,

sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva —claro está— (y esto parecen haberlo olvidado los recurrentes al articular el motivo) de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada».

Error en la apreciación de la prueba.—El Tribunal Supremo no estimó este motivo. Por un lado, porque los documentos básicos del pleito (y el contrato de arrendamiento invocado lo era) no pueden servir de soporte a este medio impugnatorio. Y fundamentalmente, porque no se puede sacar del contexto una no muy afortunada expresión de la sentencia recurrida, en la que entre paréntesis se hace mención a «la parte de la renta impagada...», pretendiendo los recurrentes orientar la causa de resolución del contrato al incumplimiento por parte de los arrendatarios de su obligación de pago anticipado de parte de la renta, cuando de los autos aparece probado y valorado posteriormente en la sentencia recurrida en una extensa motivación, que los arrendadores, al dar por resuelto unilateralmente el contrato mediante carta notarial, no se basaron para nada en ese supuesto incumplimiento, sino en otros totalmente distintos, que luego han resultado injustificados e inexistentes. (STS de 30 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Celebrado un contrato de arrendamiento de industria o negocio de un bar-restaurante, durante tres temporadas turísticas —comprendidas entre el 1 de abril y el 31 de octubre de los años 1987, 1988 y 1989— (en el que únicamente se especificaba la forma y plazos de la primera temporada, remitiéndose las demás a esta primera y señalando que las letras se entregarán antes del 1 de octubre de cada temporada), tras finalizar la primera temporada, los arrendadores remitieron a los arrendatarios una carta, por conducto notarial, dando por rescindido unilateralmente el contrato por incumplimiento del mismo. Estos últimos se opusieron a tal rescisión, haciendo el correspondiente ofrecimiento de pago de la renta para la siguiente temporada. Sin embargo, los arrendadores no entregaron el 1 de abril de 1988 la posesión del negocio arrendado.

Con base en estos hechos, los arrendatarios promovieron contra los arrendadores el proceso del que este recurso dimana, solicitando, como pedimento principal, la declaración de validez y subsistencia del contrato de arrendamiento y la condena de los demandados al cumplimiento del mismo, con indemnización de perjuicios y, como pedimento subsidiario, la resolución del contrato por incumplimiento de los demandados y por condena de los perjuicios causados. Por su parte, los arrendadores demandados, además de oponerse a la demanda y pedir su absolución, formularon reconvencción solicitando que se declarase ajustada a Derecho la resolución del contrato hecha

por ellos mediante carta, con condena a la correspondiente indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gerona estimó en parte la demanda principal y desestimó la reconvencional, declarando rescindido el contrato de arrendamiento de industria por incumplimiento de los arrendadores-demandados de entregar el negocio objeto del contrato, condenándolos, además, a los daños y perjuicios que resultasen acreditados en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó esta sentencia. El Tribunal Supremo no apreció el recurso de casación. (*V.M.L.*).

14. Sistema de *numerus clausus* en las causas de resolución del contrato de arrendamientos urbanos según la LAU.—La LAU al regular las causas de resolución, implantó un sistema de *numerus clausus*, haciendo en el art. 141 un catálogo exhaustivo, por lo que no pueden crearse otras por las partes, ya que el sistema rigurosamente limitativo adoptado por el art. 114 no permite invocar causas de resolución no prevista en el mismo, o sea que, en definitiva, no hay otras causas de resolución que las establecidas en este precepto, quiere decirse que, en lo que ahora interesa, ha de tratarse estrictamente de «obras que modifiquen la configuración de la vivienda o del local de negocio, o que debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción».

Obras que no afectan a la configuración del local de negocio.—La mera sustitución del pavimento no constituye una obra que modifique la configuración del local, pues configuración de una cosa es la disposición de cada una de sus partes componentes en relación con las demás, así dado que no se introduce ningún cambio en la distribución del espacio arrendado, con referencia a su forma, ni se cambia su aspecto peculiar, sino que, como la Sala *a quo* declaró con acierto, se trata «de unas meras obras de mantenimiento y conservación». (STS de 12 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante-recurrente arrendó en su día un local de negocios a la demandada y posteriormente planteó demanda con el fin de resolver el contrato de arrendamiento alegando la realización de obras por parte del arrendatario sin su consentimiento. En las dos primeras instancias desestimaron la demanda. (*E.S.M.*).

15. Apreciación de oficio de procedimiento inadecuado.—La apreciación de procedimiento sólo puede declararse *ex officio*; cuando por error del procedimiento inadecuado seguido se afectara a la competencia objetiva o funcional que éste si es un presupuesto de obligada, estricta y necesaria observancia, conforme a lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o cuando, por su carácter más restrictivo, por referencia al juicio ordinario declarativo, ya sea por sumariedad, ya sea por especia-

lidad, suponga para las partes una merma de garantías respecto del que debió seguirse, pues lo contrario significaría vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

Procedimiento competente para ejercitar la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento celebrado después del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985.—Aunque la remisión genérica del apartado 2 del artículo 9.º del Real Decreto-Ley 2/1985 conduce frente a la salvedad que realiza respecto del extremo concreto de la prórroga forzosa a las «disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos», el artículo 151 del Texto refundido de la Ley especial, interpretado en conexión con el apartado 1 del artículo 9.º ya citado, al excluir del régimen procesal de la Ley de Arrendamientos Urbanos las acciones fundadas en derechos no reconocidos en la misma, parece operar una mera remisión, esta vez, a lo dispuesto en las leyes procesales comunes; conforme a esta segunda remisión, y en atención a lo que se ejercita, es una acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local, cuyo objeto es un establecimiento mercantil, fundada en la expiración del plazo contractual y de renta anual superior a cincuenta mil pesetas, el juicio a seguir hubiera debido ser el de desahucio por la tramitación que regula la Sección Tercera del Título XVII, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comparación entre el juicio de desahucio y el juicio especial arrendaticio.—El conocimiento de ambos procesos corresponde, según igual competencia objetiva a los Jueces de Primera Instancia y el régimen de recursos es sustancialmente idéntico, en lo que al caso debatido concierne, aunque con un plus de garantías a favor del juicio especial arrendaticio, puesto que la apelación se tramita por el cauce reservado a la apelación de los incidentes, como ocurre con el juicio de desahucio y el recurso de casación reviste mayor amplitud por razón de la cuantía en el primer caso que en el segundo. Si nos detenemos en el análisis de la naturaleza y estructura de cada proceso se logra el mismo resultado en favor del juicio especial arrendaticio, pues no cabe olvidar la sumariedad insita en el juicio de desahucio frente a la plenitud del juicio, aunque especial, declarativo y el carácter conminatorio de la llamada a juicio verbal, más onerosas, en sus consecuencias para el demandado incompareciente, del repetido juicio de desahucio, que luego continúa por las secuencias de los incidentes, pero con un plazo probatorio más reducido. (STS de 10 de octubre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—La parte demandante-recurrente era arrendadora de un local de negocio e interpuso demanda con el fin de resolver el contrato de arrendamiento por haber expirado el término convencional fijado para su duración y las prórrogas habidas por tácita reconducción. El contrato se había celebrado estando ya vigente el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985. En primera instancia se estimó

la demanda en su totalidad; apelada la sentencia, la Audiencia la revocó, desestimando la demanda presentada, sin pronunciarse sobre el fondo del pleito por inadecuación del procedimiento. (*E.S.M.*).

16. Arrendamientos concertados por el usufructuario. Aplicación de la LAU.—Conforme al artículo 480 del Código Civil, los contratos de arrendamiento celebrados por el usufructuario se resolverán al fin del usufructo. Ahora bien, cuando dichos arriendos tienen por objeto fincas urbanas, en este caso un local de negocio, la normalidad de la dinámica de dicho derecho real quiebra y resulta derogado el Código Civil, aunque una primera jurisprudencia de esta Sala no lo entendió así y se resistió a tal situación (Sentencias de 14 y 19 de mayo de 1952, 8 de junio de 1953 y 8 de febrero de 1959, entre otras); por lo que se produce la subsistencia de la locación arrendaticia, al resultar los contratos amparados por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Subrogación del heredero en la posición del arrendatario en virtud del art. 60 de la LAU.—Se trata de una prerrogativa otorgada por la Ley Especial al heredero en favor del mantenimiento del patrimonio comercial, y proviene precisamente por su condición de heredero, pero ello no significa que integre un derecho y menos un bien, que formará parte del patrimonio de la causante, transmisible por sucesión, pues el texto arrendaticio es contundente en cuanto expresa que el «heredero sustituirá», es decir, reemplazará y ocupará el lugar del arrendatario premuerto (Sentencias de 19-6-1962, 26-11-1963, 10-2-1967 y 5-5-1971).

Arrendamiento concertado por el usufructuario. Condiciones gravosas para la propiedad. No subsistencia a la extinción del usufructo.—Las facultades dispositivas del usufructuario sólo han de tenerse por subsistentes durante la vigencia del usufructo, estando carentes de futuridad; lo que supondría ejercitar unos derechos y hacer uso de unas potestades que no poseía, con agravio claro de los derechos de la propiedad. Las condiciones gravosas pactadas por el usufructuario con la arrendataria tienen vigencia durante el periodo en que subsiste el usufructo. La permanencia en el arriendo por parte de los herederos de la arrendataria reviste una situación realmente excepcional, avalada por la subrogación legal y aplicación de la prórroga forzosa, pero siempre en estos justos límites y ámbitos. No procede ampliación al mantenimiento y vigencia de situaciones pactadas, en las que no tuvieron intervención; los que perdieron toda su eficacia al acabar el usufructo por fallecimiento del titular de este derecho. Las condiciones otorgadas por el usufructuario a la arrendataria tenían proyección concreta, afectaban y favorecían a dicha causante. En todo caso su vigencia se mantuvo durante la subsistencia temporal del usufructo, periclitando al extinguirse éste, por lo que el arriendo se mantiene liberado de dichos otorgamientos y que sí lo harían efectivamente gravoso para la propiedad. Así las cosas, sólo cabe entender la subrogación de los recurrentes en el arriendo, pero no en las condiciones de éste que refiere el contrato

originario. Mantener que dichas condiciones gravosas subsisten tras la extinción del usufructo, supone una interpretación manifiestamente extensiva, a fin de reputarla como notoriamente gravosa para la propiedad y conceder la resolución del arriendo. (STS 22 de junio de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El 6 de febrero de 1934 se constituye por el Ayuntamiento de Segovia, y a favor de F. M., el usufructo de un solar por un plazo de cincuenta años. El usufructuario concertó en 1963 un contrato de arrendamiento de uno de los locales ubicados en el edificio construido sobre dicho solar, contrato cuya resolución se postula por el propietario de la finca y frente a los herederos de la arrendataria, subrogados en su posición en virtud de lo dispuesto en el art. 60 de la LAU. La Audiencia declara resuelto el contrato de arrendamiento, por haberse extinguido el usufructo del arrendador y ser notoriamente gravosas para la propiedad las condiciones del contrato que se pactaron a favor de la arrendataria. El Tribunal Supremo mantiene la subsistencia del arrendamiento, considerando, en esencia, que aquellas condiciones que pudieran ser gravosas para el propietario sólo debían entenderse vigentes mientras subsistiera el derecho del usufructuario otorgante, en la medida en que podía éste reconocer al arrendatario el ejercicio de facultades que estuvieran en los límites —más amplios— de su propio derecho. Además, en el caso de autos, se entienden pactadas *intuitu personae* con la arrendataria, causante de los demandados. Por tanto, a la extinción del usufructo y a la muerte de la arrendataria, el contrato de arrendamiento debía continuar con los favorecidos por la subrogación legal *mortis causa*, despojado de las estipulaciones que pudieran resultar perjudiciales para la propiedad, que dejan paso a la aplicación de las normas de la LAU. (I.G.P.).

17. La falta de personalidad del demandante como motivo alegable en el recurso de casación.—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 esgrima la excepción, constituye siempre un vicio formal *in procedendo* que ha de ser alegado en casación por la vía del quebrantamiento de forma previsto en el núm. 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no por el cauce de infracción de normas sustantivas.

Improcedencia en la alegación de falta de legitimación activa en el procedimiento.—No procede impugnar la personalidad o legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida, como ocurre en el presente supuesto.

Responsabilidad en casos de vicios ruinógenos de una obra motivados por la mala calidad de los materiales.—Resulta indudable que cuando

la dinámica ruinógena sea debida a la mala calidad de los materiales empleados, como es el caso que nos ocupa, ello entraña, frente a los directamente perjudicados por el arruinamiento de la obra, una responsabilidad múltiple y solidaria, que alcanza al constructor por su negligente y descuidada, cuando no interesada, selección (que es su incumbencia) y posterior utilización de esos materiales de mala calidad, y a los técnicos, por la omisión o incumplimiento de su deber profesional de controlar la calidad de los materiales seleccionados o adquiridos por el constructor, sin perjuicio de que entre ellos (o frente a terceros) puedan plantear reclamaciones tendentes a definir sus respectivas responsabilidades.

Falta de legitimación del demandado para ir contra sus codemandados.—Un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otros de sus codemandados, a quienes absuelve la sentencia recurrida y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido (no recurrido) por los únicos legitimados para impugnarlo (los demandantes perjudicados), lo cual se entiende sin perjuicio de las reclamaciones que contra aquellos pueda formular en el juicio correspondiente, si estimare asistirle algún derecho para ello. (STS de 28 de octubre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La parte recurrente, empresa constructora-promotora fue demandada, así como su apoderado, arquitecto y los aparejadores que habían intervenido en la construcción de los edificios de una urbanización por los perjudicados y solicitaban que se les condenara solidariamente a la reparación de los vicios ruinógenos que se habían producido en las obras o, alternativamente, al pago de una cantidad para llevar a cabo dicha reparación. En primera instancia se estimó la demanda contra la empresa promotora-constructora y contra el arquitecto, pero se desestimó con respecto a los demás demandados, apelada la sentencia por la empresa promotora-constructora, la Audiencia confirmó íntegramente la de primer grado. (E.S.M.).

18. Arrendamiento de obras.—El art. 1.593 del Código Civil no se quebranta cuando, como en este caso, la propiedad cede al arquitecto la facultad de decidir aumentos de obra y, además, la sentencia ha declarado probado que el consentimiento existió.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Éste se da, como señala el Tribunal Supremo, «cuando en virtud de un vínculo que une una persona con la relación jurídica material objeto del pleito se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar. Y en el caso de autos la sentencia que condene al dueño de una obra a pagarla no va a obligar en nada a los arquitectos, que no fueron parte del contrato».

Intereses moratorios.—Nuestro Alto Tribunal vuelve en este caso a considerar aplicable el principio *in illiquidis non fit mora*, dado que la

cantidad reclamada y la finalmente concedida difieren sensiblemente. (STS de 23 de marzo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—La demandante, «Yaifaro, S. L.», interpuso demanda sobre reclamación de cantidad, 42.492.108 pts., debidos por contrato de arrendamiento de obras, contra don Tomás H. P.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Las Palmas estimó en parte la demanda y condenó al demandado a pagar la suma de 10.000.000 de pts. e intereses legales desde la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas, desestimando el recurso del demandado y estimando en parte el de la actora, condenó al demandado a satisfacer a aquélla la suma de 35.181.503 pts. más los intereses legales desde la interposición de la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto, casa la sentencia recurrida, condenado al recurrente a pagar la suma de 35.181.503 pts. más los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de segunda instancia y más los intereses legales, también incrementados en dos puntos, a calcular sobre la suma de 10.000.000 de pts. desde la fecha de la sentencia de primera instancia que concedió dicha cantidad. (V.M.L.).

19. Arrendamientos rústicos. Condición de cultivador personal.—«La configuración de cultivador personal, que confiere consideración de profesional de la agricultura, y concretamente este último carácter, no emana de la llevanza física personal de la explotación de la finca, sino simplemente de actividad en ella con finalidad de que sea explotada, lo que no puede negarse, sin más, a quien está físicamente impedido de trabajar en ella». «La llevanza de la explotación con la ayuda de familiares... posibilita mantener la cualidad de cultivador personal en el arrendatario».

Pérdida de la condición de cultivador personal y de la de profesional de la agricultura.—«En la explotación agrícola en cuestión ha habido siempre más de dos asalariados fijos, tanto antes como después de la enfermedad sobrevenida al arrendatario, circunstancia que, a tenor del párrafo primero del artículo 16 de la citada Ley de 31 de diciembre de 1980, interpretado *a sensu contrario*, hacer perder la condición de cultivador personal». «La pérdida del carácter de cultivador personal... en manera alguna es identificada con el de profesional de la agricultura a que se refiere en artículo 17 de la misma Ley».

Subrogación arrendaticia.—«La actividad realizada por dicha esposa, supliendo evidentemente la actividad física que no puede llevar a cabo su aludido esposo, en modo alguno puede ser significativo, por sí sólo, de la situación de subrogación arrendaticia... sino simplemente de un comportamiento... del deber de ayuda mutua, y en interés de la familia». (Artículo 67 del Código Civil).

Extinción del plazo.—«Procede estimar el motivo que se examina en lo que guarda relación con la pretendida extinción del contrato, objeto del actual debate jurídico, puesto que según revelan las certificaciones obrantes... el demandante solicitó... la revisión de la renta pactada en dicho contrato, e incluso... ya vencido dicho plazo interpuso demanda de desahucio por falta de pago de renta, lo que evidencia que extinguidos los seis años de plazo iniciales siguió vigente tal contrato».

Congruencia.—«Habiendo peticiones comprensivas de extremos alternativos y subsidiarios sin establecer entre ellos ningún orden de prelación, la Sala sentenciadora de instancia, cual ha sucedido en el presente caso, ha podido atenerse a uno de ellos sin salirse de la debida congruencia» (SS 26 de julio de 1987, 23 de noviembre de 1917, 19 de enero de 1919, 23 de mayo de 1933, 30 de octubre de 1951 y 11 de junio de 1955). (STS de 2 de marzo de 1992).

HECHOS.—D. Fernando, propietario de una finca rústica, interpone contra D. José Luis y su esposa doña María Teresa una demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento, articulando su demanda en varios puntos (pérdida de la condición de profesional de la agricultura, extinción del contrato por finalizar el plazo, cesión o subrogación improcedente e infracción de las normas contractuales). El Juzgado estima la demanda en base a la pérdida de la categoría de profesional de la agricultura de D. José Luis. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. Prospera el recurso de casación. (A.M.B.).

20. La remisión a los usos locales, reglamentos y ordenanzas en los artículos 551 y 590 del Código Civil. Acreditación. Invocación ante los órganos de la jurisdicción civil.—El examen de la eventual infracción de los reglamentos y ordenanzas generales o locales a los que se alude en el artículo 551 del Código civil es tarea de exclusiva atribución administrativa, por lo que la jurisdicción civil carece de facultades en lo atinente a su aplicación. Respecto de los usos locales a los que reenvía el artículo 590 del Código, con carácter previo a la estimación de cualquier posible infracción de los mismos es preciso obviamente que se haya procedido a su acreditación. En todo caso, la hipotética vulneración de unos u otros no puede ser apreciada en el orden civil como infracción de leyes sustantivas civiles, por cuanto las citadas disposiciones del Código civil tienen el carácter de normas en blanco.

Responsabilidad extracontractual. Indemnización de daños y perjuicios.—La determinación, en su caso, de la existencia de responsabilidad con base en los artículos 1.902 y 1.908 del Código Civil requiere como premisa irreversible la acreditación previa de los daños y perjuicios cuya reparación se reclama. (STS de 18 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Los demandados habían venido construyendo durante los últimos tres o cuatro años vaquerías, corrales y establos frente a la casa perteneciente al actor, así como frente a un corral de ganado y una huerta aneja de su propiedad. En su demanda, basada —a falta de ordenanzas locales o normas subsidiarias de planeamiento urbanístico— en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y en unos pretendidos usos locales de buena vecindad, reclamaba una indemnización por daños y perjuicios, así como el establecimiento de medidas que evitasen daños futuros. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, absolviéndose a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma, fallo que fue luego confirmado en sede de apelación ante la Audiencia Provincial. (R.S.A.).

4. DERECHOS REALES

21. Acción declarativa de dominio: Finalidad y requisitos comunes con la acción reivindicatoria.—La acción declarativa de dominio, que al igual que la reivindicatoria se destina a la protección del derecho de propiedad, trata de obtener una mera declaración o constatación de que el actor es propietario de la cosa, sin exigirse que el demandado sea poseedor ni, por tanto, pretendiéndose recuperar dicha posesión. Por eso el actor puede estar exento de probar la posesión por parte del demandado, pero no de probar el hecho jurídico que dé existencia a su derecho de propiedad.

La acción declarativa de dominio tiene, pues, como requisito común con la reivindicatoria, la justificación de un justo título de propiedad, debiendo dictarse sentencia absolutoria en el caso de que el demandante no acredite su título.

Por otra parte, esta Sala también tiene declarado (sentencia de 9 de diciembre de 1961) que la acción declarativa de propiedad exige los mismos requisitos que la reivindicatoria, entre los que figura la posesión de la cosa, o al menos una posición frente al dominio cuya declaración se insta que lo hagan dudoso o lo desconozcan.

Resolución de Jurado Provincial de Montes en Mano Común sobre titularidad y aprovechamiento de montes y campos y competencia de la jurisdicción ordinaria en cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales.—Siendo las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales de la competencia de los Tribunales de justicia, la resolución de un Jurado Provincial de Montes en Mano Común no produce efectos de cosa juzgada material ni obsta para que pueda obtenerse a través de una sentencia de la jurisdicción ordinaria la correspondiente declaración de dominio.

Exceso o defecto de jurisdicción e incongruencia de las sentencias. Cauce procesal para alegar la incongruencia en sede casacional.—La mayor o menor congruencia de una sentencia no afecta a la competencia si ésta la tiene el Tribunal por razón de la materia. La incongruencia afecta a la conformidad del fallo con lo pedido en los escritos fundamentales de la litis, de ahí que el vicio de incongruencia consistente en no haber resuelto el juzgador todas las cuestiones deducidas por las partes, no debe confundirse con el defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

La incongruencia de las sentencias ha de ser alegada en casación por el cauce procesal del artículo 1.692.3.º y no por el 1.692.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, no contradichos por otros elementos probatorios, que demuestren la equivocación del juzgador.—La alegación de un error de hecho en la apreciación de la prueba, basada en el artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de resultar del documento en el que se pretende apoyar, documento que además de no resultar contradicho por otras pruebas, ha de resultar literosuficiente, esto es, no necesitado de interpretaciones, deducciones ni mucho menos combinación con otros documentos.

Indemnización de daños y perjuicios: Existencia y prueba.—La existencia y prueba de los daños es cuestión de hecho sometida a la apreciación del Tribunal de instancia, aunque su cuantía puede dejarse para fijarla en ejecución de sentencia, pero no se puede tratar de probar en casación la existencia de unos daños que el Tribunal *a quo* no ha deducido de las pruebas practicadas en autos.

Objeto del examen casacional: Invocación de nuevas disposiciones.—El recurso extraordinario de casación versa sobre si el Tribunal *a quo* infringió la ley, no siendo posible aplicar en dicha sede disposiciones no invocadas en la fase alegatoria del pleito. Caso contrario quedaría este recurso privado de su naturaleza, de ser defensa y salvaguardia de la ley aplicada por los Tribunales inferiores. (STS de 24 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Un grupo de vecinos, actuando en nombre propio y en representación de su pequeña comunidad rural, demandaron al Ayuntamiento y la comunidad de vecinos de un pueblo próximo, sobre declaración de propiedad de unos montes vecinales, alegando que desde tiempo inmemorial los habían venido disfrutando, parte de ellos en régimen exclusivo y otra parte en comunidad con los vecinos demandados. El Juzgado de Primera Instancia declara en efecto la titularidad de dichos montes y campos a favor de la parte actora y en los términos que ella misma había descrito, decretando en lo incompatible con esta declaración la nulidad de las resolucio-

nes del Jurado Provincial de Montes en Mano Común, ordenando también las rectificaciones registrales oportunas y declarando haber lugar incluso a una indemnización de perjuicios a favor de los demandantes. El Tribunal de apelación, por el contrario, absuelve a todos los demandados de las pretensiones deducidas contra ellos por entender, básicamente, que de la apreciación conjunta de la prueba no resulta acreditada la posesión pacífica y exclusiva que, desde tiempo inmemorial, decían venir disfrutando los actores. (R.S.A.).

22. Derechos de opción, tanteo y retracto de origen voluntario. Validez del negocio constitutivo. Carácter de contraprestación a servidumbres. El consentimiento como cuestión de hecho.—La Comunidad de Propietarios de plazas de aparcamiento aceptó la constitución de servidumbres de paso para vehículos y peatones sobre uno de los locales pertenecientes a la misma, y como contraprestación el dueño dominante se comprometió a otorgar derecho de opción de compra a favor de cada uno de los copropietarios, sobre su local, asumiendo el compromiso fehaciente de destinar la planta únicamente a *parking*, descartándose cualquier otro destino, y concediendo a favor de la Comunidad de Propietarios derechos de tanteo y de retracto para el supuesto de venta unitaria de la planta sótano, a ejercitar en el plazo de 90 días a partir de la fecha en la que la referida sociedad notificase en forma fehaciente el nombre del comprador interesado, precio y condiciones de venta sobre la totalidad del local y en las mismas condiciones ofertadas; se trata de un negocio perfeccionado y de proyección obligatoria para los interesados, y su interpretación es la correcta y procedente como consecuencia de sus facultades juzgadoras para determinar la existencia o inexistencia de los contratos y la concurrencia de sus requisitos esenciales.

Naturaleza jurídica. Preferencias adquisitivas de origen voluntario.—La relación obligacional que se creó y quedó debidamente perfeccionada no encaja en la figura del retracto convencional, ni tampoco en el efectivo pacto de retro; en realidad se trata de un pacto surgido de los principios de autonomía de la voluntad que autoriza el art. 1.255 en relación con el art. 1.091 CC, que si bien no es absoluta, por existir limitaciones imperativas y prohibitivas, éstas no operan en la convención que se analiza, consecuente de la facultad de autoformación de intereses concurrentes de los otorgantes referidos; viene a revestir la forma de retracto voluntario pactado determinante de adquisición preferencial, en virtud de la cual los integrantes de la Comunidad estaban facultados para comprar la planta dedicada a garajes, en caso de enajenación a tercero y en las condiciones convenidas, al no haber ejercido el derecho de opción y el de tanteo que también fueron otorgados, y sin que el ejercicio de dicho retracto voluntario exija necesariamente haber hecho uso del tanteo, pues lo que se vino a conceder válidamente fue un efectivo derecho de adquisición preferente respecto a extraños para la compra del local en disputa, y, por tanto, teóricamente, no se trata de retracto propio.

Régimen jurídico. Autonomía de la voluntad y no aplicación del régimen de las preferencias legales.—El derecho de adquisición voluntario-preferencial, aparte de haber sido objeto de estudio por la doctrina más atenta, también ha sido reconocido por esta Sala en SS de 13 de diciembre de 1958 y 30 de abril de 1964, según las cuales en estos casos se contiene la prohibición de efectuar la venta a otras personas ajenas al contrato, y los derechos surgidos no están condicionados por los requisitos establecidos para las precisas figuras propiamente retractuales, sino por las condiciones del pacto que reguló sus particularidades; por otra parte, este derecho no está del todo marginado por la legislación positiva, a tenor de la Disp. Transitoria 2.^a de la Ley de P.H. de 1960, sin que el vigente art. 396 CC contenga una prohibición legal expresa, sino más bien la inaplicación *per se*, en los casos de enajenación de un piso o local, de los derechos retractuales que prevé el art. 1.522 CC para los copropietarios de cosa común; en particular los arts. 1.514 y 1.515 CC no son de aplicación específica al presente caso.

Actos propios del comunero.—Uno de los comuneros había manifestado una voluntad positiva y aceptó el negocio jurídico de referencia, y sólo posteriormente cambió de conducta, con manifiesta deslealtad comunal, al convertirse en sociedad compradora única de la planta de garaje, por lo cual, contrariando sus actos propios, no puede acogerse a una situación que creó unilateral y exclusivamente, e invocar la necesidad de actuación conjunta de todos los comuneros para ejercitar la preferencia adquisitiva con base en los arts. 1.514 y 1.515 CC, inaplicables a este caso, al haber sido su conducta la que provocó el pleito.

Representación de la Comunidad de Propietarios.—Es doctrina positiva que las Comunidades de Propietarios, al carecer de personalidad jurídica autónoma, deben actuar por medio de sus Presidentes conforme al art. 12 de la Ley P.H., funcionando así como órgano de gestión y representación que no supone una procura general, sino específica y concreta a favor del ente comunitario; pero esto no excluye que la Comunidad ordinaria pueda ejercitar cuantas acciones legales le asistan en defensa de derechos legítimamente adquiridos, bien frente a comuneros, contra los que perdieron esta condición y contra terceros, pudiendo otorgar mandato para ello en favor del Presidente de la Comunidad de Propietarios, ya que es doctrina reiterada que todos los titulares, bien en forma aislada o conjunta, puedan ejercitar toda clase de acciones tendentes a la efectividad de sus derechos propios o derivados de su participación en el ente comunal, pues al hacerlo en beneficio de los demás la sentencia favorable aprovecha a los demás; en el presente caso, no obsta a la doctrina expuesta el hecho de que hubo de demandarse a uno de los comuneros, en razón a la contraposición evidente de sus intereses con los demás comuneros que se constituyeron en parte actora.

Art. 359 LEC.—Impone este precepto que las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes; la precisión hay que referirla al contenido

literario de las resoluciones en cuanto deben eludir el lenguaje oscuro y, por el contrario, acudir al más comprensible, y evitar que las expresiones y vocablos sean equívocos, a fin de no dar lugar a la posibilidad de que puedan ser entendidos en varios sentidos y dificulten así la ejecución; ello no impide que la sentencia tenga dificultades de ejecución a la hora de otorgar la escritura de adquisición del local y su acceso al Registro, al ser posible la intervención de todos los interesados y la ratificación posterior a cargo de los mismos.

Actas de Juntas de Propietarios: Protocolización notarial. Ausencia de firmas no probada.—No se da constancia de ausencia de la firma que se dice; en todo caso, a mayores razones, la ausencia de firmas en las actas de las Juntas de Copropietarios, si bien es conveniente que figuren, pues se aporta mayor seguridad a lo que reflejan tales documentos, no priva de virtualidad a los acuerdos dotados de la necesaria legalidad, ya que la firma tiene la significación formal de representar un elemento confirmatorio de las declaraciones emitidas y recogidas en los documentos que hayan producido las partes obligadas, según declaró la S de 23 de junio de 1981. (STS de 25 de abril de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Importante sentencia sobre las preferencias adquisitivas de origen convencional, respecto de las cuales no se plantea en el caso la eficacia real u obligatoria, sino la tipología bastante bien perfilada en el título constitutivo y acertadamente diseñada, con algunos titubeos, en la sentencia extractada. Al comienzo de la década de los 80 puede constatar que la doctrina española actual reconoce la posibilidad de constituir los derechos de adquisición preferente por negocio jurídico (ahora en la 2.^a ed. de los *Comentarios Albaladejo*, XIX, p. 531). El tiempo transcurrido ha confirmado aquella opinión, tanto en lo relativo a la doctrina manualística (por ej., Sancho Rebullida, en Lacruz, *Elementos*, III-2.^o, 2.^a ed., Barcelona 1991, p. 457 ss, dedica un apartado específico al tema) como monográfica (cfr. Isabel González Pacanowska, *Retracto de origen voluntario*, en *Homenaje Roca Juan*, Murcia 1989, p. 321 ss., con abundante bibliografía, que me exime de cita).

En el presente caso hay una Comunidad de Propietarios de plazas de aparcamiento que conviene con un inmueble colindante determinados derechos de servidumbre, a cambio de la constitución de una amplia gama de preferencias adquisitivas en favor de la Comunidad para el caso de que se enajenase como un todo la finca dominante, que forma toda una planta de aparcamientos. La preferencia se viola precisamente por uno de los participantes en la Comunidad y firmantes del convenio, quien adquiere para sí la planta enajenada. Aparte del reconocimiento de la posibilidad legal de que los particulares creen tales preferencias adquisitivas, se contienen en esta s. (Pte. Villagómez Rodil) muy interesantes puntualizaciones

sobre el régimen de las mismas, declarando la inaplicabilidad general del régimen de los tanteos y retractos legales, sin perjuicio de que —en ausencia de pactos— pueda acudirse al mismo, con toda cautela y prudencia según las circunstancias del caso. Sentencia de aprobar plenamente. (G.G.C.).

5. DERECHO DE FAMILIA

23. Nulidad de matrimonio canónico: Indemnización ex art. 98 CC. Naturaleza jurídica.—La indemnización que reconoce el art. 98 CC no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria del art. 97 CC en caso de divorcio, sino que más bien se trata, en cierto sentido, de una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del art. 1.902 CC (s. de 26 noviembre 1985), sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económico-sociales derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todos para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social.

Requisitos de aplicación del art. 98 CC.—En virtud de la remisión que el art. 98 efectúa al anterior, se exige para su aplicación la concurrencia de puntuales requisitos, que la sentencia combatida apreció se daban en el caso que se enjuicia, a saber, la nulidad de un matrimonio canónico y la convivencia conyugal efectiva por más de veinte años; tal remisión ha de entenderse rectamente en el sentido de que, dándose la situación prevista en dicho art. 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización posmatrimonial de procedencia.

Buena fe bilateral: Compensación de pretensiones.—En la sentencia canónica no se declara la mala fe de ninguno de los esposos, quienes estuvieron conformes en que se decretase la nulidad de su vinculación matrimonial, debiendo, en consecuencia, partirse de una situación de buena fe en ambos por aplicación genéricamente contemplado en el art. 7.º CC, y específicamente en el art. 79 CC al presumir la buena fe como regla general; en estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el art. 98,

de modo que ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones conforme al art. 1.195 CC, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada, debiendo añadirse que en los demás casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el art. 98, pues la indemnización carece entonces de toda razón de ser y consistencia.

Necesaria homologación previa de la sentencia canónica de nulidad.—En todo caso la aplicación del art. 98, sobre el que gira todo el ataque casacional, exige que se haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles las sentencias de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, consistente en que las mismas han de ser previamente declaradas ajustadas al Derecho del Estado, es decir, a nuestro ordenamiento jurídico, por los Tribunales civiles correspondientes, conforme declara el art. 80 CC, en relación con el Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979 (art. VI) y art. 117-5.º CE, que ha venido a modificar sustancialmente el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos, a un sistema de control y ajuste; la referencia al art. 954 LEC se complementa con el procedimiento de la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 3/1981, de 7 julio, y que concluye con la decisión judicial en forma de auto, reconociendo o no eficacia en el orden civil a la correspondiente resolución o decisión eclesiástica (s. de 24 de diciembre de 1991); dicha homologación judicial-civil no se ha producido en el supuesto que se enjuicia, pues siendo facultad de los interesados llevarla a cabo, bien actuando conjuntamente o por separado, no consta se hubiere promovido al efecto, lo que conduce a tenerse que apreciar la falta de presupuesto preciso tanto para entablar litigios, como para pronunciar cualquier resolución definidora de derecho sobre los efectos civiles del matrimonio declarado nulo. (STS de 10 de marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.—En su momento denuncié la defectuosa formulación del art. 98 CC, entre otras razones, por constituir un enclave culpabilístico en un sistema de determinación de efectos de las crisis matrimoniales que se pretende neutro u objetivista. La presente sentencia (Ponente Villagómez Rodil) es un buen ejemplo de esa jurisprudencia «pedagógica», que no es la menos importante de las funciones atribuidas al Tribunal Supremo, ya que muy probablemente es la primera vez que se enfrenta a un supuesto que cae íntegramente bajo la aplicación de la reforma de 1981 (la s. de 26 de noviembre de 1985, que citan los Manuales se refiere a una nulidad canónica anterior). Puede observarse cómo, en un asunto de mínima cuantía (pues en apelación se había concedido una pensión mensual de 15.000 pts.), el TS argumenta exhaustivamente, profundiza en la *ratio* de la norma y hasta se permite aconsejar al legislador medidas de justicia social; tal lujo de ar-

gumentos no era estrictamente necesario y, para el fallo, son *obiter*. Lo que no obsta al merecido elogio.

El supuesto de hecho es el siguiente: Obtenida la s. canónica de nulidad, después de veinticuatro años de matrimonio, la actora alega que sólo dispone de una pensión mensual de 22.035 pts por incapacidad laboral permanente, mientras que su ex marido disfruta de un sueldo que excede del 1.500.000 de pts. anuales, habiendo tres hijos del matrimonio mayores de edad; la situación para la esposa se acerca al umbral de la miseria y probablemente ello explica la incursión que la s. hace por el campo de la justicia social, algo ambigua, sin embargo, porque no parece razonable propugnar que los fracasos matrimoniales se carguen económicamente a la Seguridad Social, y sí, en cambio, que la cuantía de las pensiones por incapacidad laboral permitan vivir decorosamente.

Correcta la argumentación al exigir previa homologación de la sentencia canónica para hacer valer una pretensión basada en el art. 98 CC, lo que conduce a denegar a la mujer, cuyo matrimonio ha sido anulado, el pírrico consuelo de ver completada su parva pensión con una no menos parva asignación mensual. Marginalmente una acotación: el sistema actual conduce a una dura discriminación para quienes por razones éticas no quieren acudir al divorcio —y parece que éste era el caso—, sino a la nulidad canónica, pues se les obliga suplementariamente al procedimiento de homologación que puede terminar en un declarativo, mientras que la pensión por desequilibrio se decreta en la sentencia que declara el divorcio civil.

Interesante la declaración de compatibilidad con otras acciones por culpa extracontractual ex art. 1.902, que ya propugnaba la doctrina (Otras observaciones a esta s. en Castán, *Derecho de Familia*, V-1-º, 12 ed., Madrid, 1994, p. 1155 s.). (G.G.C.).

24. Reclamación de la filiación. Posible preferencia o exclusividad de la prueba biológica.—Es reiterada jurisprudencia aplicable por esta sala (sentencias 14-10-1985; 12-11-1987; 14-11-1987; 11-3-1988; 12-3-1988; 21-5-1988; 26-11-1990; 25-4-1991) la que sanciona que «nuestra legislación no da preferencia ni exclusividad alguna a la prueba biológica de filiación, sino que ésta y las demás contribuyen cada una desde su perspectiva propia a la prueba de aquel hecho, de tal forma que el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue, sin causa justificada, a someterse a las pruebas biológicas incurre en *Ficta confessio*, sino más bien que tal resistencia no pasa de constituir un indicio que, lógicamente, ha de ser apreciado por la sala sentenciadora conjugándola con los elementos probatorios figurados en autos».

En este sentido, la sala considera que la negativa del demandado a la práctica de las pruebas de carácter somático entre él y el hijo actor forma parte de los demás elementos integradores de la convicción, esto es, al

«incorporar, colaborar e integrar con las demás pruebas» dirigidas a la estimación de la acción. (STS de 2 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La actora, en ejercicio de los arts. 39.2 de la Constitución Española, 108, 120 y 127 del Código Civil, pretende la declaración de paternidad de hijo nacido fuera del matrimonio, que atribuye al demandado. El juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando la paternidad del demandado con respecto al menor, haciendo constar que acreditadas (fundamentalmente por la abundante prueba testifical practicada) las relaciones «sentimentales de noviazgo en una época determinada y oportuna», ha de dársele relevancia esencial a la actitud procesal adoptada por el demandado, quien se ha negado en todo momento a contribuir al esclarecimiento de los hechos mediante el sometimiento a las pruebas biológicas acordadas. Apelada dicha decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial. No prosperó el recurso de casación. (A.G.B).

25. Valor de la prueba testifical en el procedimiento de filiación matrimonial.—La sentencia recurrida analiza con detalle la prueba testifical y establece unos hechos básicos a los que ha de estarse en casación y de los que se infiere razonadamente la existencia de relaciones personales que pueden calificarse de muy estrechas en la época en que fue concebido el hijo de la demandante. El artículo 127 CC admite la investigación de la paternidad «mediante toda clase de pruebas» y el art. 135 posibilita la prueba indirecta de la generación y que se declare la filiación si resulta de hechos de los que se infiere «de modo análogo» a los que el precepto expresa. Con relación al artículo 1.249, no existe la menor duda sobre la acreditación de los hechos de que se deducen las presunciones, cuya realidad resulta de la valoración de la prueba testifical realizada en la instancia, que no cabe revisar en casación. Respecto al artículo 1.253 CC de los hechos en que se basa la presunción, si se sigue la posibilidad de que la demandante fuera fecundada, circunstancia que no sería suficiente sino unida a la negativa del demandado a la prueba biológica.

La nulidad de actuaciones por falta de intervención del Ministerio Fiscal no afecta a la contestación a la demanda ni a las pruebas practicadas.—La anulación de actuaciones ha de entenderse en función de su causa y finalidad e interpretarse restrictivamente (Principio de conservación de los actos, art. 242 LOPJ) y como dicha anulación se debió sólo a la omisión del emplazamiento al Ministerio Fiscal, circunstancia que no afecta a las alegaciones del demandado, aunque no se haga en la sentencia anulatoria referencia al mantenimiento de éstas, con carácter general, no pueden ser desconocidas, sino que hubieron de ser tenidas en cuenta al dictarse la segunda sentencia.

Negativa a la prueba biológica de paternidad. Su valor en el procedimiento.—La negativa del demandado a someterse «voluntariamente»

a una extracción o toma de sangre para que se efectuara la pericia biológica no carece de trascendencia, pues el adverbio «voluntariamente», en ese contexto, sólo tiene el sentido de que no era obligado a ello por el Órgano Jurisdiccional. Que la práctica de la prueba no llegara a acordarse por el Juzgado fue, evidentemente, consecuencia de la imposibilidad de llevarla a efecto una vez constatada la resistencia del demandado. Aunque la negativa a la prueba biológica no puede considerarse como una presunta confesión de los hechos, ha de recordarse la doctrina jurisprudencial de que la negativa a la prueba biológica es dato de inestimable valor cuando va unido a otras pruebas o indicios de autos, sobre todo los que revelan la razonable probabilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa (STS de 28 de mayo de 1990; 26 de junio de 1991 y 28 de junio de 1991). (STS de 17 de marzo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante, doña M., formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre acción de filiación matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia contra D. V. alegando que el demandado es el padre del hijo varón de la demandante nacido el 16 de junio de 1981 y solicitando que se declarase la paternidad de D. V. con respecto al menor y demás efectos inherentes. En la contestación el demandado negó en todas sus partes la demanda. El Juzgado de Primera Instancia con fecha 7 de marzo de 1987 dictó primera sentencia. La Audiencia anuló las actuaciones de dicho procedimiento por falta de intervención del Ministerio Fiscal ordenando que se tramitase de nuevo el procedimiento, sin que la nulidad afectase a la contestación a la demanda ni a las pruebas practicadas. El Juez de Primera Instancia dictó segunda sentencia el 20 de mayo de 1988 en la que estimó la demanda. La Audiencia desestima totalmente el recurso de apelación interpuesto por D. V. en sentencia de 6 de julio de 1989. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (R.A.R.).

26. Cauce procesal para impugnar en casación las infracciones sobre presunciones.—Es constante doctrina de esta Sala que los cauces procesales para impugnar las infracciones referidas al tema de presunciones son dos, dado que en ellas se parte de un hecho base, cuya infracción sólo puede realizarse por vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC (así las del art. 1.249 CC), mientras que lo referente al hecho deducido o consecuencia ha de llevarse a efecto por el cauce del ordinal 5.º de dicho precepto (las del art. 1.253 CC).

Es competencia del Tribunal de Primera Instancia la apreciación del enlace entre el hecho básico y el deducido (art. 1.253 CC).—Es doctrina jurisprudencial reiterada en relación con las presunciones, que «la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el art. 1.253 CC

entre el hecho básico y el deducido o que se pretende deducir, por 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 a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda (SSTS de 28 de mayo de 1985; 26 de junio de 1985; 31 de octubre de 1985; 25 de noviembre de 1985; 6 de febrero de 1987; 25 de noviembre de 1989; 1 de diciembre de 1989; 7 de febrero de 1990; 27 de noviembre de 1991).

El presupuesto básico del que ha de partirse en estos casos le viene ofrecido al Tribunal de Apelación por el conjunto de las pruebas practicadas y adecuadamente valoradas por el mismo, supuesto de hecho que permanece inalterable y de cuya existencia fluye con claridad la consecuencia a que ha llegado la Sala de Apelación, que no resulta ni ilógica ni absurda, sino perfectamente acondicionada a las reglas de la conducta y raciocinio humano determinantes. (SSTS de 5 de marzo de 1984; 2 de noviembre de 1984; 14 de octubre de 1985; 6 de junio de 1991).

Tipos de pruebas admitidas por el artículo 135 CC en tema de paternidad.—Es doctrina científica y jurisprudencial que en el art. 135 CC pueden distinguirse perfectamente dos tipos de pruebas: las directas (biológicas y reconocimiento, principalmente) y las indirectas o presuntivas (STS de 27 de junio de 1987 y 20 de julio de 1990); bien que en realidad y tal como suelen presentarse los temas de filiación, sería perfectamente estimable la admisión de un tercer género de pruebas, las representadas por aquel conjunto de circunstancias fácticas y objetivas que tal y como se producen y por las consecuencias que originan bien pudieran ser calificadas de «cuasi indirectas» o «maxipresuntivas», cual son aquellas que como acontece en el presente supuesto y no es infrecuente en los procesos de filiación sin pruebas biológicas o con biológicas rechazadas por el demandado, aparece acreditado con suficiente claridad que el hecho de haber acudido a las presunciones viene siendo más bien una muestra de profesionalidad de los Tribunales ya que el hecho dudoso que es el *factum* de las relaciones sexuales durante el período de tiempo necesario para incluir al demandado deriva del conjunto probatorio con la claridad suficiente para no necesitar de las presunciones, en cuanto más que un elemento o medio de prueba son un proceso lógico de deducción (SSTS de 9 de febrero de 1925; 11 de abril de 1947; 5 de diciembre de 1986; 28 de noviembre de 1986 y 25 de septiembre de 1987). (STS de 2 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Doña G. formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reconocimiento de paternidad contra D. J. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Zaragoza solicitando que se declare que D. J. es el padre del hijo que tuvo el 28 de septiembre de 1984 a consecuencia de las relaciones mantenidas entre ambos. El demandado se opone totalmente a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 16 de junio de 1988 estimando totalmente la demanda. La Audiencia, en sentencia de 11 de diciembre de 1989, desestima el recurso de apelación interpuesto por D. J. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. J. (R.A.R.).

6. DERECHO DE SUCESIONES

27. Interpretación testamentaria.—Para descubrir la verdadera voluntad de la testadora nada mejor que examinar el anterior testamento por ella derogado, pero en el que ciertamente consta el sentido y alcance que se atribuye al concepto de «muebles». Allí aparece una cláusula que es el reflejo literal de la que aquí examinamos «Lega en pleno dominio...»; pero a renglón seguido en los siguientes apartados dispone también por medio de legados, de todos y cada uno de los bienes que aquí se discuten en favor de diferentes familiares, lo que evidencia que para la testadora en la expresión «todos los muebles que le correspondan» no estaban incluidos los bienes que se discuten —cuadros—, los anuales constituían bienes diferentes al igual que las alhajas, también legadas; y podrían sin contradicción alguna, ser objeto estos cuadros de transferencias específicas, o de incluirse en el conjunto del haber hereditario, si no se quería hacer una especial disposición sobre los mismos.

Este método interpretativo integrador es el que se proclama en la doctrina jurisprudencial y por consiguiente al coincidir con el resultado final a que llega la resolución impugnada hace rechazable el presente motivo, basado en una supuesta infracción del art. 675 del CC, que, como se acaba de exponer, resulta inexistente. (STS de 31 de diciembre de 1992; no ha lugar). (F.L.L.Y.).

28. Sucesión en títulos nobiliarios.—No es necesario demostrar ser el óptimo sucesor para la reclamación del Título, pues ello sería poco menos que imposible, pues habría que convocar a juicio a todos los presuntos sucesores, ya que no sólo estriba en la apariencia formal del parentesco la idoneidad del reconocimiento de la dignidad, sino en la pureza de la sangre, que es la esencia de la sucesión nobiliaria; por eso se justifica en la doctrina la relatividad de la posesión del Título, que está siempre a merced de la reclamación del pariente revestido de mejor propinquidad. Como dice la doctrina de esta Sala, quien ostenta un título nobiliario no es auténtico *dominus* del mismo, sino un simple poseedor, razón por la cual al carecer del *ius disponendi*, sus facultades dispositivas vienen limitadas a la transmisión de lo que en realidad le ha sido otorgado, esto es, la posesión del Título, pero sin suponer ello una novación del mismo, ni del orden de suceder en la concesión originaria establecida, ni menos la creación de nueva línea sucesoria. Como obligada consecuencia de ello, es preciso con-

tar con la aprobación expresa que había de consignarse en acta notarial, de los que pudieran verse perjudicados en su derecho por la cesión «intervivos» entre transmitente y cesionario, por tener aquellos llamados a suceder preferencia sobre este último. (STS de 5 de marzo de 1992; ha lugar al recurso). (F.L.L.Y.).

29. Partición de herencia por transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario.—Los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes pueden, por acuerdo unánime de ellos, partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (Sentencias de esta Sala de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 enero de 1964, 25 de febrero de 1966) y ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara: «no puede sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevara a efecto». (Sentencia de 20 de febrero de 1984).

Partición realizada por acuerdo unánime de todos los herederos, sin intervención del contador-partidor testamentario.—Los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (*nemine discrepante*), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, por las razones siguientes: a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales, el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible litigiosidad acerca de la forma de partir), parece evidente que si los herederos, por existir acuerdo unánime entre ellos, deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor. b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo que el testador lo haya prohibido expresamente). c) Este es el criterio que siguen aquellos Ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así, la Ley 344 del Fuero de Navarra y el artículo 57 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña. No parece existir razón (histórica, ni jurídica) alguna para que en el Derecho civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código civil no lo prohíbe, aparte de la debida concordancia que con el principio de igual-

dad de los españoles ante la Ley (artículo 14 de la Constitución) supone el mantenimiento de un criterio uniforme en la materia. (STS de 20 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El 31 de diciembre de 1972, los siete hermanos S. C. suscribieron un documento privado por el que acordaban la partición de la herencia indivisa de sus difuntos padres, sustituyendo la comunidad hereditaria por una comunidad ordinaria y aceptando tres de ellos, a la sazón prelegatarios, que los bienes objeto de sus respectivos legados, se refundieran en la masa común. No obstante, uno de los hermanos, favorecido por el prelegado dispuesto por los progenitores, reclama la entrega de los bienes a los que la disposición testamentaria se refiere, alegando que no había habido partición de la herencia y que, aunque así hubiera sido, sería nula por realizarse sin intervención de los contadores-partidores nombrados por los testadores. El Tribunal Supremo centra la sentencia en el análisis del referido documento privado de 31 de diciembre de 1972.

NOTA.—Quizá pueda destacarse la invocación por el Supremo de la regulación que en los Derechos Navarro y Catalán se da al tema resuelto, como argumento para mantener lo mismo en el Derecho común. Y no porque no sea el Derecho de las CCAA en el ámbito civil un muy valioso instrumento para obtener criterios de solución a cuestiones surgidas en la interpretación del Derecho civil común, sino porque el Supremo parece considerarlo una exigencia constitucional, derivada del art. 14 de la Constitución. Que pide, ciertamente, igualdad de los españoles ante la ley, *pero no la misma ley para todos los españoles (I.G.P.)*.

30. La casación no es una tercera instancia.—Resulta improcedente pretender una nueva valoración en conjunto de las pruebas practicadas en los autos, lo que supone convertir la casación en una tercera instancia, mutación no autorizada ni aun después de la reforma legislativa operada por Ley 34/1984, de 6 de agosto, y que esta Sala reiteradamente ha rechazado (SSTS de 2 de diciembre de 1988; 3 de enero de 1991; 16 de abril de 1991; 19 de mayo de 1991; 7 de junio de 1991; y 21 de octubre de 1991).

Diferencia entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*.—La asimilación de la *quaestio iuris* a la *quaestio facti* no es procedente, pues supone desbordar el cauce adjetivo por el que debe de conducirse el motivo, ya que no cabe acogida alguna a la pretensión de sustituir el criterio objetivo y necesariamente imparcial, en el marco de estricta justicia por interpretaciones propias y subjetivas, siempre interesadas de las partes (SSTS de 12 de marzo de 1987; 21 de diciembre de 1990; 18 de marzo de 1991; 10 de junio de 1991; 11 de octubre de 1991 y 27 de noviembre de 1991).

El albaceazgo es un cargo especial testamentario.—El albaceazgo es un cargo especial testamentario (artículo 892 CC) en el que predominan

las funciones tuitivas y gestoras amplias —etimológicamente proviene del vocablo árabe *al waci* (gestor)— y tiende a la ejecución de la voluntad del *de cuius* designante, reflejado en el correspondiente testamento, como plan y proyecto que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos y con funciones acumuladas de contadores-partidores (art. 1.057 CC), con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores, concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre el causante y su ejecutor, para lo que suele tenerse muy en cuenta las especiales cualidades concurrentes en las personas designadas, que se reputan como las idóneas a fin de actuar correcta y eficazmente en la condición jurídica de fiduciarios de aquél que los eligió, perdiendo éste todo control sobre las mismas por la imperativa causa de fallecer. Asimismo es cargo gratuito, salvo las excepciones del art. 908; voluntario, ya que no hay ninguna obligación legal de aceptarlo (arts. 899 y 900); personalísimo e indelegable (art. 909 y STS de 2 de junio de 1962), y temporal (art. 910) con posibilidades de poder ser prorrogado, bien por la voluntad del testador (arts. 904 y 905), de los herederos y legatarios (art. 906) o por decisión judicial (art. 905.2.º).

El albaceazgo es una institución distinta del mandato y de la representación.—Pretender dar al albaceazgo dimensión contractual al equipararlo a la institución de mandato *post mortem* ha sido superado jurisprudencial y doctrinalmente, incluso la figura de la representación, pues no se puede representar a quien se le extinguió la personalidad civil por muerte (art. 32).

Extensión de la función del albacea.—Los albaceas pueden proyectar su función no sólo a la realización de todas las facultades que expresamente les hubiera conferido el causante (art. 901), sino también a aquellas que enumera el art. 902, incluso la de practicar enajenaciones de bienes (art. 903). Esos amplísimos poderes no significa que no existan límites, ya que aparte de ajustar sus actos a la legalidad (art. 901) han de rendir cuentas de su encargo a los herederos o en su caso al juez (art. 907).

Fin del albaceazgo.—Las funciones de los albaceas finalizan normalmente una vez realizado el encargo del testador que en ellos depositó sus esperanzas de que su voluntad tuviera plasmación real y efectiva. Esta causa de extinción no se menciona legalmente, pero se ha admitido por la jurisprudencia casacional (SSTS de 3 de enero de 1962; 9 de junio de 1962; 22 de abril de 1967 y 25 de enero de 1971).

Remoción de los albaceas como extinción del cargo. Causas de la remoción.—La remoción de los albaceas, núcleo del debate, opera como una extinción anticipada del cargo al ser destituidos del mismo los que lo ostentan y les priva de ejecutar el mandato testamentario. El art. 910 sólo menciona la remoción como causa de terminación del albaceazgo, pero no hace referencia a las causas motivadoras de tal remoción, por lo que ha sido la jurisprudencia casacional la que ha ido completando el vacío legal. Es factible tener en cuenta la concurrencia de causas exclusivamente per-

sonales, que hacen imposible el ejercicio del cargo, como son la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y capacidad de obrar, incapacitación y minoría de edad (arts. 893, 322, 199 y ss. del CC) o la hagan sumamente dificultoso (enfermedades, senectud con disminución de facultades intelectuales, STS de 2 de diciembre de 1991), ausencia o privación de libertad e incluso la que son determinantes de indignidad para suceder (art. 756 CC) desconocidas por el testador o al menos no suficientemente ponderadas. Asimismo, son causa de remoción los supuestos relacionados con la actividad propia y encomendada a los albaceas, así cuando realizan conductas dolosas civiles o penales en perjuicio del caudal relicto y derechos de los herederos (SSTS de 4 de febrero de 1902; 23 de febrero de 1973 y 5 de julio de 1947) y a su vez si su actividad resulta inoperante o ineficaz por negligencia maliciosa o indiferencia, omisión y desatención constatada, que rebasan el simple descuido (SSTS de 6 de octubre de 1897; 18 de febrero de 1908; 3 de octubre de 1931 y 23 de febrero de 1973). También contraviniendo la confianza que genera el mandato delegando las funciones en contra del art. 909 CC. Asimismo la remoción se puede ocasionar por causas sobrevenidas determinadas por actuaciones y conductas concretas, como sucede si se infringe la regla del art. 1.459.3.º CC; y, a su vez, cuando concurre una colisión clara, precisa y notoriamente influyente de los intereses de uno de los albaceas, con la anexión solidaria de los otros, con parte de los herederos.

Apreciación de la causa de remoción.—Corresponde en todo caso a los tribunales la procedente y justificada apreciación de la convergencia de las causas de remoción justa, trascendente y necesaria en adecuada y actualizada interpretación de la norma (art. 3.º CC) incluso por la vía de la analogía (art. 4.º CC), sin perder el norte de la institución del albaceazgo y las funciones que integran su actividad operativa de gestión de las testamentarias.

Los magistrados Martín-Granizo y Gullón Ballesteros en el voto particular formulado a esta sentencia consideran que la remoción de un albacea, cuando no es por incapacidad legal o de hecho, lleva en sí una nota de sanción de una conducta y ello exige del juzgador, dado el poder que le confiere el art. 910 del CC, un cuidadoso análisis de la actuación del albacea.

Incompatibilidad de intereses sobre determinados bienes entre los albaceas y los herederos como causa de remoción.—La jurisprudencia antigua era contraria a aplicar esta causa de remoción, originaria de la tutela, a los albaceas. Ante la nueva reforma de la tutela con la Ley 31/1983 se prevé como uno de los supuestos de remoción de tutores los de incompatibilidades por tener importantes conflictos de intereses. Se introduce una nueva situación motivadora de remoción, adoptando una mayor amplitud jurídica a la libre decisión de los jueces en cada caso concreto, de tal manera que se llega a una más amplia cobertura en la fijación de causas de remoción.

El voto particular formulado por Martín-Granizo y Gullón Ballesteros entiende por el contrario que lo importante era si la actuación de los albaceas se encuadraba o no en los supuestos generales recogidos en las sentencias del Tribunal Supremo. El conflicto de intereses como causa para remover a los albaceas supone que la voluntad del testador en cuanto a la institución de albaceazgo queda supeditada a la de cualquier interesado en la herencia.

La presunción del art. 1.252 CC.—El artículo 1.252 contiene una presunción *iuris et iure*; para que sea tenida en cuenta en un pleito ha de haber paridad de cuestiones que incluyen la identidad de la cosa y la identidad de la causa y suponen coincidencia sobre los hechos e igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad (SSTS de 22 de junio de 1982; 10 de febrero de 1984 y 17 de febrero de 1984). (STS de 13 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante presenta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid una demanda sobre remoción del cargo de albacea contra los demandados (nombrados albaceas por testamento) con base en los pleitos pendientes que éstos tienen con determinados herederos respecto a unos bienes que se reclaman en el haber hereditario. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 13 de junio de 1988 estimando la demanda y declarando la remoción de los albaceas. La Audiencia Provincial desestima, en sentencia de 5 de marzo de 1990 el recurso de apelación interpuesto por los demandados. Estos recurren en casación ante el Tribunal Supremo quien desestima el recurso en la sentencia extractada en contra del voto particular de los Magistrados don Mariano Martín-Granizo y Fernández y don Antonio Gullón Ballesteros. (R.A.R.).

II. DERECHO MERCANTIL

31. Consolidación del derecho de propiedad sobre el rótulo de establecimiento.—La parte recurrida consolidó su dominio conforme al artículo 14 del Estatuto de Propiedad Industrial, al transcurrir los tres años de efectuado su registro seguido de su explotación no interrumpida y de su quieta posesión con buena fe y justo título. Estos requisitos derivan asimismo de los hechos acreditados, certificación de concesión del registro objeto de debate, presunción evidente de buena fe deducida de una posesión y uso basada en la concesión obtenida legalmente de la inscripción solicitada en el Registro de Propiedad Industrial, sin que se haya acreditado interrupción alguna en el uso.

Protección del titular inscrito: Uso exclusivo del rótulo de establecimiento.—La eficacia de la inscripción en cuanto a la protección de su titular da derecho al mencionado uso exclusivo como efecto esencial de su

registración y a proceder contra los que utilizaren uno igual o semejante con posterioridad al registrado e igualmente aunque el uso fuere anterior al registro si el titular usuario no obtuvo, como ocurre en el caso contemplado, la inscripción correspondiente que por haber sido prioritaria le hubiera dado en su caso facultad de uso exclusivo; conclusión que no le es de reconocer por haber sido denegada repetidamente su solicitud, según consta en los hechos que la Sala de Instancia consideró probados. (STS de 3 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El recurrente fue demandado en juicio de menor cuantía con el fin de que cesara en la utilización del rótulo de su establecimiento comercial que coincidía con el del demandante, se solicitaba que se retiraran todos los signos, muestras, etc., para eludir la coincidencia de la denominación. En primera instancia la petición del demandante fue desestimada, pero apelada ante la Audiencia se reconocieron estas peticiones y sólo se denegó la petición de la indemnización por daños y perjuicios. (E.S.M.).

32. Indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la vulneración del uso exclusivo y excluyente sobre una marca comercial. Necesidad de que se declare y pruebe la existencia de los mismos durante la litis y no en sede de ejecución de sentencia.—Si bien es presumible que toda infracción de las modalidades de la propiedad industrial produce perjuicios, ello no basta para darlos por efectivamente probados en su existencia. El artículo 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial no exime en modo alguno de la prueba de la existencia de los daños, por lo que no basta la simple afirmación o presunción de que pueden haberse ocasionado.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que no puede condenarse a un resarcimiento de daños si éstos no se han probado, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización (sentencias, entre otras, de 5 de marzo de 1992, 2 de febrero y 6 de mayo de 1960, 6 de octubre de 1961 y 11 de marzo de 1967), por lo que la circunstancia de que no se llegue a practicar la prueba pericial de existencia de los daños alegados es imputable a la actora.

La declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de la sentencia, doctrina aplicable tanto en sede de culpa contractual como extracontractual. Tampoco puede acreditarse esa existencia deduciéndola del hecho de que el demandado se oponga a la prueba pericial propuesta por el demandante: el hecho «completamente acreditado» de que ha de deducirse la presunción (art. 1.249 del C. civil) no puede basarse en aquella negativa de prueba de la parte demandada, ni hay ilación conforme al criterio humano (art. 1253 C. civil) entre tal hecho procesal y la conclusión

de que se considere probada la existencia de unos daños. (STS de 21 de abril de 1992; ha lugar en parte).

HECHOS.—El recurrente había sido demandado y condenado en primera instancia y en apelación como consecuencia de haber vulnerado, mediante la aplicación de su propia denominación social («Creaciones Rochas, S. A.») a las actividades de su objeto social, el derecho de propiedad industrial de la parte actora sobre la denominación comercial «Rochas», respecto de cuya utilización en diversos signos distintivos contaba ésta con prioridad de adopción, uso y registro. Se estima en ambas instancias que aquella denominación social es susceptible de inducir a error o confusión en el tráfico mercantil respecto de esta denominación comercial. El recurrente en casación fue por tanto condenado a modificar su propia denominación social suprimiendo en ella el nombre «Rochas», así como a abstenerse de utilizar tal denominación como signo distintivo de sus actividades y productos. Igualmente se ordenó la cancelación en el Registro Mercantil de la citada denominación social de la demandada.

Debiéndose la mayoría de los pronunciamientos del fallo al hecho de haberlos aceptado la demandada en sus escritos de alegaciones, el recurso de casación quedaba reducido a la cuestión relativa a la indemnización de daños y perjuicios. (R.S.A.).

33. Violación del derecho de propiedad respecto a marcas, nombre comercial y rótulo de establecimiento. Utilización de una denominación comercial que induce a error respecto de otra marca ya registrada. Estatuto de la Propiedad Industrial.—En torno a la problemática planteada por el uso del apellido como marca, frente a otra ya registrada, viene proclamando la jurisprudencia de esta Sala que debe darse prevalencia no tanto al dato de la especial naturaleza de aquél (en tanto que apellido de su titular), sino al aspecto conceptual y fonético de la denominación constitutiva del apellido, a pesar de que esta Sala sostuviera, en un primer momento, la postura de que nadie puede ser privado de su nombre propio o sus apellidos en la designación de su ejercicio comercial, imponiéndose sólo la necesidad de unirlos a otras palabras al objeto de distinguirlo de marcas o nombres comerciales registrados.

Con carácter general está vetada la utilización de marcas y nombres comerciales que, por su similitud con otras registradas, induzcan a error a los consumidores. Determinadas denominaciones que aisladamente presentan dicha similitud pueden ser empleadas en combinación con otros elementos, de forma que gracias a las adiciones realizadas se evite una similitud inducente al error. (STS de 6 de marzo de 1992; ha lugar en parte).

HECHOS.—El recurrente en casación, demandado en instancia, aspiraba a la utilización del rótulo «Mayder's» para su estableci-

miento de cafetería, frente a lo cual el actor entabló demanda alegando estar asistido del derecho exclusivo para distinguir y señalar los elementos de su propio negocio de hostelería —sito en el mismo término municipal— con la marca «Maider», registrada a su favor. El demandado formuló reconvencción en el sentido de que, para el caso de que se estimase similitud entre ambas denominaciones, se le permitiese emplear en su actividad comercial el referido nombre propio («Mayder's») en unión de sus propios apellidos. En primera instancia se estimó el derecho del actor para distinguir con la denominación «Maider» su negocio de hostelería, careciendo el demandado de derecho a utilizar cualquier rótulo que incluyera tal denominación aun en combinación con otros nombres. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado, confirmando plenamente la sentencia recurrida. En casación, el Tribunal Supremo confirma el fallo por lo que hace a la acción contenida en la demanda, pero estima el recurso respecto de la que había sido esgrimida en vía reconvenccional. (R.S.A.).

34. Impugnación de acuerdos sociales. Prevalencia del interés social sobre el interés particular de los socios.—Basándose en el deber de fidelidad en que se inspiran numerosos preceptos del Código Civil, expresivos de la prevalencia del interés común que inspira la sociedad sobre el interés contrapuesto de los socios en particular (arts. 1.683, 1.684, 1.685, 1.705.1 y 1.706), la Sala manifiesta que «no debe olvidarse que, mediante la sociedad, varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución de un fin común, normalmente a través de la cooperación duradera, y en los casos de conflicto entre el interés individual extrasocial del socio y el interés social común a todos, aquel interés particular ha de respetar el interés social, libremente asumido por el socio, y ha de estar limitado por la subordinación del interés personal del socio al interés social, que debe ser preferido».

Posible infracción por no aplicación de los artículos 14 y 24.2 de la Constitución española.—Por el contexto de estos preceptos de la Ley Fundamental, se deduce que su campo de aplicación es principalmente la esfera penal. El principio de igualdad ante la Ley es obvio que no impide que se apliquen las leyes cuando proceda, como resulta sin duda del art. 9.º del texto constitucional al decir en su apartado primero que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», y no cabe duda que a este último pertenecen las normas básicas aplicadas para desestimar la demanda que formuló el ahora recurrente. Aun admitiendo que aquellos principios aludidos tengan también su ámbito de aplicación en los procesos civiles sobre derechos subjetivos de los particulares, si se examina el proceso que concluye este recurso de casación, se llega a la conclusión indubitable de que el recurrente tuvo plena ocasión de defenderse, tanto en el expediente disciplinario que se le siguió por la entidad como a lo largo de todo el procedimiento». (STS de 6 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Con motivo de la celebración de una subasta de la parte proindivisa del Ayuntamiento de Arnedo, de la que es copropietaria la recurrida y demandada «Agrupación de Viviendas Arnediana», el recurrente participó como licitador, no obstante ostentar la cualidad de socio de la recurrida, siéndole adjudicado el inmueble subastado como mejor postor que la sociedad recurrente y también licitadora. La Junta General Extraordinaria de dicha sociedad acordó la expulsión del recurrente de la sociedad con base en el art. 8.º de los Estatutos de la sociedad, que recoge como causa de expulsión la mala conducta de uno de sus socios. El socio expulsado presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando que se declarara la nulidad del acuerdo de expulsión, siendo estimada la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido con revocación de la misma, no prosperando el recurso de casación. (A.G.B.).

35. Motivos con alcance casacional.—Es doctrina jurisprudencial consolidada que están desprovistos de alcance casacional aquellos motivos que, aun cuando fuesen apreciados, no alterasen la sentencia a dictar.

Documentos a efectos de casación. Validez y condición como tales documentos.—Es doctrina reiterada de esta Sala que no es válida en casación la cita masiva de documentos, pretendiéndose con ello que el Tribunal casacional realice un nuevo examen de la prueba ya tenida en cuenta.

Carecen de la condición de documentos a efectos de la casación las certificaciones o testimonios de actuaciones practicadas en otros procesos, así como las sentencias en ellos recaídas; y, también, los administrativos y los de carácter fiscal, que no son eficaces para evidenciar error en la apreciación de la prueba, dado su alcance probatorio limitado.

A los fines casacionales y en los supuestos de error acogidos al art. 1.692.4.º LEC, los documentos han de ser contundentes e indubitados *per se*, sin necesidad de interpretación, es decir, que se precisa que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgado estén en abierta contradicción con documentos que por sí mismos y sin acudir a deducciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo señalado en la sentencia recurrida.

Tercer tenedor de una cambial. Efecto liberatorio del pago.—No puede ser tercer tenedor de unas letras de cambio quien, a pesar de no aparecer en el contrato causa de las cambiales ni en los documentos de creación de éstas, mantiene tales relaciones con el librador y tomador de las letras que origina su conocimiento acerca del objeto de las letras; además de ser apoderado del librador y miembro activo del tomador tal y como se deduce de ciertos documentos. Al no ser tercero cambiario, la acción por él ejercitada no se corresponde con la específicamente cambiaria, con abstracción del negocio causal que originó la creación de las letras que le fueron endosadas, sino más bien otra distinta en la que tiene proyección la

referida causalidad con sus efectos y consecuencias inherentes, por ello el endosatario no puede quedar cubierto por las garantías protectoras derivadas de la aplicación de los artículos 452, 480, 488, 495 y demás concordantes del Cco. Asimismo carece de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el significado de la cláusula de valor en los endosos e innecesariedad de probanza sobre la legitimidad adquisitiva de la letra. El pago del deudor de la letra al Juzgado tiene efectos liberatorios también frente al endosatario, que por no ser tercero cambiario no cabe la aplicación de los artículos 434, 1.101, 1.212, 1.214, 1.249, 1.250, 1.253 y 1.277 CC y 503 Cco.

Cuestiones comprendidas en el artículo 1.692.4.º LEC.—Es contrario a la técnica casacional comprender en el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC cuestiones de hecho y de derecho, con mención de preceptos jurídicos. (STS de 24 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Una sociedad (libradora) con motivo del contrato celebrado el 28 de febrero de 1989 y por el que vende a otra sociedad (ordenante) un local de su propiedad, libra cuatro letras de cambio con distintos vencimientos, que son aceptadas por una tercera sociedad (demandada). Antes del vencimiento, la sociedad ordenante endosa las letras a la sociedad libradora y ésta las endosa al demandante, D. L. Éste promueve juicio declarativo de mayor cuantía contra la tercera sociedad en reclamación de cantidad, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona. En Primera Instancia, por sentencia de 28 de mayo de 1985, confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 21 de enero de 1988, se desestima la demanda por entender que el importe de las letras de cambio habían sido satisfechas en el procedimiento laboral por despido tramitado ante la Magistratura contra diversas empresas, entre ellas la libradora y la ordenante. (R.A.R.).

36. La base del error en la apreciación de la prueba del art. 1.692.4.º LEC.—Los motivos que denuncian el error en la apreciación de la prueba han de basarse en documentos que obren en autos y demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. La manipulación de una letra de cambio se releva al ponerse encima de la cláusula sin gastos un tampón con la cláusula con gastos, pero no revela con claridad el momento en que se realizó dicha manipulación. Esto también se apoya en las facturas con las que se hizo la remesa de las cambiales, que en el apartado «observaciones» contienen las letras «A.G.» (para el recurrente «admitidas con gastos»), pero no es suficiente ni se puede completar con las pruebas de confesión ni testifical.

La cláusula sin gastos dispensa del protesto al tenedor, pero no libera de la obligación de presentar la cambial al pago.—La doctrina de esta Sala señala la validez de la cláusula «sin gastos» (SSTS de 6 de julio de 1966; 7 de marzo de 1974; 30 de abril de 1984; 14 de mayo de

1986 y 29 de octubre de 1987) y su inclusión dispensa del protesto al tenedor de la cambial, dado que implica un desistimiento o renuncia al mismo, que se integra en su poder dispositivo, lo que le permite abdicar de los beneficios que referida diligencia le otorga, pero tal renuncia al protesto no libera al tenedor de la obligación que el art. 469 del Cco. le impone de presentarla al pago, correspondiendo al Banco la prueba de haberlo hecho, ya que es quien tiene facilidad para acreditarlo, siendo el protesto el medio más apto para ello, de manera que si no se verifica amparándose en la cláusula ya dicha, las consecuencias perjudiciales de su acreditación en el propio Banco han de parar. Esta doctrina se ajusta a las pautas jurisprudenciales sobre la carga de la prueba en atención a criterios de normalidad y disponibilidad de la misma.

Efectos del descuento bancario de las letras de cambio.—El negocio jurídico de descuento bancario de letras de cambio, instrumentado a través del endoso de las cambiales, sea cual fuere su calificación jurídica convierte al Banco descontante en titular pleno de la letra, del crédito en ella incorporado y, por ende, en acreedor cambiario, produciendo tal contrato, como efecto principal, el derecho del Banco de exigir y la obligación del descontatario de devolver o restituir la cantidad anticipada; pero la efectividad del derecho y consiguiente obligación está supeditada al cumplimiento por la entidad bancaria de determinadas obligaciones, destacándose como fundamental la de devolver al endosante la letra de cambio descontada con la misma eficacia jurídica que tenía cuando le fue transmitida por endoso, lo cual implica no sólo que la letra se haya protestado, sino que lo haya sido en forma para que la letra no resulte perjudicada, pues el perjuicio de la cambial y, en consecuencia, la pérdida de su fuerza ejecutiva impide el ejercicio de la acción de regreso, en cuanto privaría al endosante pagador de la acción de tal naturaleza propia de la letra, sin olvidar que si dicho perjuicio se ha producido por culpa o negligencia de persona no obligada cambiariamente puede ejercitar contra ella las acciones que procedan y sin que, por tanto, sea lícito devolver la letra perjudicada al endosante descontatario para que éste actúe unos derechos que sólo a él corresponde ejercitar, pues si bien no cabe imputar negligencia al Banco en los defectos del protesto que anulan la acción ejecutiva, menos culpa cabe atribuir al endosante que no era propietario de la letra al tiempo del perjuicio y que, además, debe recibir la cambial en vía de regreso con los documentos complementarios que permitan el ejercicio de la acción ejecutiva. El Banco debió protestar las letras por su propio interés, pues si las recibió *pro solvendo* pero, al no cobrar, las devuelve perjudicadas, aquella cesión se convierte en *pro soluto*, surtiendo los efectos del pago.

Renuncia de derechos.—La renuncia de derechos puede ser expresa o tácita, pero ha de hacerse constar de forma explícita, clara y terminante, sin que sea posible deducirla de expresiones equívocas o de actos de dudosa significación (SSTS de 26 de septiembre de 1983; 24 de mayo de 1984; 18 de octubre de 1984 y 3 de marzo de 1986). El desconocimiento sobre

quién y cuándo se cambió la cláusula «con gastos» por la de «sin gastos» y la falta de prueba debe valorarse conforme a criterios flexibles, en atención a la naturaleza del debate y al principio de disponibilidad (SSTS de 23 de septiembre de 1986; 24 de abril de 1987; 29 de mayo de 1987 y 15 de junio de 1988). (STS de 3 de abril de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El Banco Central formula demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre D. A. en reclamación de cantidad por el importe de unos efectos librados por el demandado. Éste se opone a la demanda y formula la excepción de pago. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona dictó sentencia de 17 de julio de 1987, en que acoge la excepción de pago y absuelve al demandado. El Banco interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial dicta sentencia de 11 de noviembre de 1989 en que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de primera instancia. D. A. interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es estimado. (R.A.R.).

III. DERECHO PROCESAL

37. Proceso de incapacitación. Cuestión negativa de competencia.—Para la resolución de la presente cuestión negativa de competencia ha de tenerse en cuenta, por un lado, que el Juez competente para conocer de un juicio declarativo sobre incapacitación de una persona es el del domicilio del presunto incapaz (regla 1.^a del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues dentro del concepto «estado civil» a que dicha regla se refiere ha de considerarse incluida la declaración de incapacidad) y, por otro lado, que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual (art. 40.1 del Código Civil). (STS de 1 de julio de 1992; es competente el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Hospitalet).

38. Imposición de costas.—El Tribunal Constitucional ha declarado que la imposición de costas constituye un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación «total» de éstas, según sea el régimen legal que rijan el proceso o recurso (Sentencia de 22 de abril de 1991). La posibilidad de imposición en las costas de una determinada litis, al constituir un riesgo potencial, exige en los litigantes la necesaria ponderación, medida y asesoramientos convenientes respecto al éxito de sus acciones y pretensiones y, en cierto sentido, viene a actuar como corrección a litigiosidades caprichosas, totalmente infundadas, empecinadas e incluso fraudulentas. (STS de 15 de octubre de 1992; ha lugar parcialmente).