

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS, Pedro de ELIZALDE, Gabriel GARCIA CANTERO, Alberto MANZANARES y Cándido PAZ ARES.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. *Error de hecho cometido en la sentencia. Efectos.*—La sentencia recurrida incurrió en evidente error de hecho al citar equivocadamente el segundo apellido de uno de los socios de la entidad «C.B.S.A.», pero fue debido a un lapsus o error de pluma insuficiente para dar lugar a la casación, pues la Sala de instancias no confundió realmente a los socios y, además, tal error no sería determinante de variación alguna en el sentido y fundamentación de la sentencia.

Doctrina de los actos propios. Casos en que se excluye su aplicación.—Para oponerse con éxito a la aplicación de esta doctrina debe proporcionarse la prueba de la invalidez o ineficacia, absoluta o relativa de los actos o contratos en que intervinieron los interesados, habiendo declarado, además, la jurisprudencia que no puede alegar la nulidad de una venta o contrato quien lo confirmó por actos posteriores. (Sentencia de 18 de octubre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Las relaciones entre la doctrina de los actos propios y la impugnación de un negocio ineficaz se exponen con detalle por L. Díez-Picazo en «La doctrina de los propios actos», Bosch, 1963, págs. 170 a 176. Tal como allí se indica, la regla de que una persona no puede impugnar un negocio jurídico irregular cuando ha ejecutado voluntariamente dicho negocio o, de cualquier otra manera, ha prestado con sus actos su aquiescencia a dicho negocio, es el antecedente inmediato de la confirmación tácita. Por ello, la alegación de esta doctrina carece hoy de sentido al disponerse de los artículos 1.309 y siguientes del Código Civil. Sólo cuando falte alguno de los requisitos propios de la confirmación (desconocimiento de la causa de ineficacia, no cese de ésta) procederá acudir a la doctrina de los propios actos para afirmar la inimpugnabilidad del negocio. (Sentencia de 18 de octubre de 1982; no ha lugar.)

P. E.

2. *Doctrina de los actos propios.*—El Tribunal Supremo se enfrenta con la siguiente situación: Un asegurado rescinde unilateralmente el contrato de seguro, haciendo uso de la posibilidad que en este sentido se le concedía en la póliza. Como consecuencia de ello, la aseguradora le reclama, en concepto de indemnización por la rescisión el pago de las primas correspondientes a una anualidad, tal y como se había, establecido en la póliza del contrato. Sin embargo, y no obstante la rescisión, la aseguradora continúa librando recibos contra el asegurado de las anualidades sucesivas, como

si el contrato todavía estuviese en vigor con posterioridad a la rescisión. Un día determinado la aseguradora demanda al asegurado, reclamándole justamente el pago de todas esas anualidades. El Tribunal Supremo estima que al haber convenido la aseguradora en la rescisión (como lo prueba el hecho de haber reclamado del asegurado la indemnización prevista en repetidas ocasiones) estaba realizando *actos propios*, contra los que iba su posterior conducta de seguir librando recibos por primas correspondientes a un contrato ya rescindido, y cuyo importe global reclama judicialmente en el juicio que termina con esta sentencia. Por esta razón, el juzgador de instancia, al desestimar su demanda, la de la aseguradora —dice el Tribunal Supremo—, ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial conforme a la cual *nadie puede ir válidamente contra sus propios actos*. (S. T. S. de 31 de octubre de 1981; no ha lugar.)

3. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente laboral. Prescripción. Ineficacia interruptiva de actuaciones judiciales viciadas por fraude según sentencia de revisión.*—Afirmada rotundamente en la sentencia de revisión la existencia de fraude por interpelación deliberadamente irregular de los demandados, en modo alguno es permitido un nuevo examen de los antecedentes del primer litigio en el afán de eludir las terminantes ponderaciones efectuadas por este Tribunal en recurso de revisión, proceso especial y autónomo del cual las declaraciones hechas al rescindir la sentencia combatida «no podrán ser ya discutidas» según rotunda declaración del artículo 1.807, párr. 2.º, de la L. e. c., lo que significa que aquellos hechos tenidos por probados en la sentencia revisoria han de ser establecidos como ciertos en el nuevo proceso; para que pueda interrumpirse el transcurso del plazo prescriptivo, la acción o la reclamación han de ser dirigidas precisamente contra el sujeto pasivo, exigiéndose, además, la regularidad del acto por cuanto ha de reunir los requisitos de eficacia y validez formal, lo que impide que un comportamiento contrario a la buena fe, e incluso teñido de dolo, en el ejercicio de un derecho, pueda ser protegido por el ordenamiento (art. 7 C. c.), atribuyéndole consecuencias beneficiosas para el sujeto activo de la conducta ilícita. (Sentencia de 4 de marzo de 1983; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

4. *In iliquidis non fit mora.*—Recuerda el Tribunal Supremo en esta sentencia el principio aludido según el cual «en caso de indeterminación cuantitativa de la suma reclamada a la fecha de la iniciación del litigio [no puede condenarse al demandado] al pago del interés legal de tal suma, más que a partir de la fecha de concreción» de la misma y no desde la interpelación judicial. (S. T. S. de 16 de abril de 1982; no ha lugar.)

5. *Préstamo. Intereses legales. Cantidad ilíquida.*—La Sentencia de la Audiencia Territorial había condenado al demandado a pagar el interés legal de la cantidad resultante de todos los pronunciamientos anteriores desde la presentación de la demanda hasta el total pago de los conceptos anteriores,

lo que implica —dice el Tribunal Supremo— la condena al pago de cantidad ilíquida, y no obstante, a satisfacer por ella intereses legales, que no fueron solicitados, y además con clara infracción de la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que en supuesto de reclamación judicial de una deuda dineraria, el deudor vendrá obligado al pago de los intereses legales por «cantidad líquida» desde que se reclamen judicialmente, es decir, desde el momento en que empieza la litis pendencia, pero siempre que se le condene al pago de la suma declarada líquida, y no cuando, como sucede en este caso, la condena es por cantidad inferior o distinta, o cuando ha de determinarse en ejecución de sentencia (Sentencias, entre otras muchas, de 3 de mayo y 4 de junio de 1968; 3 de octubre de 1969; 21 de febrero de 1970, 24 de mayo de 1971), lo que lleva a casar la sentencia recurrida en el extremo relativo a la condena al pago de los intereses legales. (Sentencia de 30 de noviembre de 1982; ha lugar.)

6. *Solidaridad.*—Aunque es cierto que «sólo» habrá lugar a la solidaridad cuando «expresamente» la «determine» la voluntad de los contratantes «constituyéndose» la obligación con el carácter de solidaria, no es menos cierto que para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma (a partir de la Sentencia de 1 de diciembre de 1981, entre otras muchas, las de 11 de mayo y 7 de diciembre de 1968 y 19 de diciembre de 1970), bastando que la voluntad se manifieste siquiera no sea con palabras si los actos reveladores son bastantes a alumbrarla y darla a conocer con claridad, indagación que puede extenderse desde la declaración a los hechos que la acompañen y circunstancias en que se produzca en cuanto por unos u otros se transparente la idea solidaria. (Sentencia de 6 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

7. *Contrato de seguro. Contrato de adhesión. Condiciones generales de contratación. Interpretación.*—El recurso gira en torno a una cláusula de las Condiciones Generales de Contratación de la Póliza de Seguros, que establecía «la responsabilidad de la Compañía no se verá afectada en ninguno de los riesgos garantizados, a excepción del robo cuando esté amparado por esta póliza, si el vehículo o vehículos no son conducidos por personas no autorizadas por el Asegurado o que carezcan del permiso suficiente de conducción expedido por la Autoridad competente.

La aseguradora mantenía que el accidente se produjo en una carretera nacional, en domingo, y que el asegurado no podía conducir por ella conforme a una Orden de 27-7-74.

El Tribunal Supremo afirma que estamos en presencia de un contrato de adhesión, por lo que las dudas que pudieran surgir sobre la significación de sus cláusulas formales no podrían resolverse en una interpretación extensiva cuando la persona o contratante de mayor relevancia en el negocio jurídico no había empleado una mayor diligencia para hacer constar tal interpretación, pues lo contrario sería ir en contra de la parte más débil y vulnerar la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico de típica protección en estos supuestos.

Lo que claramente estaba revelando la cláusula cuestionada con sus precisiones era que se condujera el vehículo por terceras personas sin la normal y debida habilitación legal, a lo cual eran ajenas esas prohibiciones accidentales de lugar y tiempo que son extrañas a la conducción con permiso suficiente, mucho más si se trata del propio asegurado que está fuera de la cláusula de exclusión. (Sentencia de 18 de febrero de 1983; no ha lugar.)

8. *Condiciones generales de contratos. Cuenta corriente bancaria. Exoneración de responsabilidad.*—Prescindiendo de la circunstancia de que las condiciones generales que obran al reverso de la solicitud de apertura de cuenta corriente no aparecen avaladas a su pie por la firma del cuentacorrentista, debe indicarse que en ellas se exonera de responsabilidad al Banco por el pago efectuado sobre talones en que se hubiese imitado la firma del cuentacorrentista, pero no cuando la falsificación se hace en la hoja de petición de nuevos talones, que se entregaron a quien no era titular. El pacto de exoneración no tiene el alcance de amparar la posible falsificación de la firma en la hoja de solicitud de nuevo talonario y, por ende, las consecuencias en orden a la expedición de cheques con la firma falsificada por el tercero que indebidamente lo había obtenido. (Sentencia de 3 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

9. *Competencia. Sumisión expresa.*—El Tribunal Supremo entiende que no hay sumisión expresa cuando al final del albarán hay un recuadro con el texto «recibí» y «conforme con las condiciones generales de venta consignadas al dorso» y con espacio para su firma y resulta que dicho texto impreso no figura suscrito por el comprador. (Sentencia de 18 de enero de 1983.)

10. *Civil. Interpretación de contrato.*—Como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la interpretación de los contratos es en principio privativa de los Tribunales de Instancia cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo el caso de que resulte evidentemente equivocado, inverosímil o absurda, y en modo alguno cuadran tales calificativos a la postura mantenida por la resolución de la Audiencia, que, con base en la apreciación conjunta de la prueba y no en la mera interpretación del convenio, concluye la no concurrencia de la condición prevista por las partes para el juego de la cláusula de abono de la cantidad suplementaria de 300.000 pesetas, y entiende que el precio total ha de fijarse en la suma de 2.150.000 pesetas. (Sentencia de 14 de diciembre de 1982.)

HECHOS.—Los actores habían comprado a los demandados una finca comprometiéndose los vendedores a dejar libre en el plazo de un año el inmueble vendido. Los demandados no desalojaron el inmueble en tal plazo y los compradores formularon demanda solicitando se condenara a los demandados a dejar libre el inmueble, entregándolo a los actores. La demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Territorial.

11. *Sucesión en contrato. Legitimación.*—Los recurrentes sostenían que la actora carecía de legitimación, por no pertenecerle los derechos derivados del contrato suscrito por don Julio y don Ramón en 1963.

El Tribunal Supremo desestima esta tesis haciendo suya la del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de que los herederos suceden legalmente al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, teniendo por tanto desde ese momento, en tal carácter, acción y personalidad para pedir, frente a las mismas personas que en vida pudo demandar el causante, el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas, argumento al que se suma el de la Audiencia al entender que la situación obligacional del referido contrato de 1963 estaba tan ligada a la finca «La Ninfa», que sólo desde su titularidad podía ejercitarse, y en todo caso la intención de los interesados fue tener los derechos convenidos por incluidos en la titularidad de la finca, tesis interpretativa válida tanto para la adquisición de los discutidos derechos por quienes fueron adjudicatarios en vía hereditaria del inmueble en cuestión como para entenderlos aportados con ella al capital de la sociedad por los mismos constituida.

Cláusula «rebus sic stantibus».—El desequilibrio económico alegado por el recurrente ni se puede deducir de abstractas y unilaterales valoraciones contemplando sólo la prestación de una de las partes con olvido de la contrapartida correspondiente a las otras —así en cuanto a lo que en su día fue entregado, como en lo que, eventualmente quede por entregar como resultado de las liquidaciones que la sentencia impugnada impone, ni cabe dar acogida a la reclamada cláusula equilibradora, en un momento en que todavía se desconoce el preciso alcance económico de la prestación de la demanda frente a la que se postula el juego de la misma. (Sentencia de 13 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ramón P. P. y don Julio A. G. concertaron en 1963 un contrato con los demandados, dueños de la Urbanización IFARA, por el que cedían a los demandados ciertos terrenos para viales a fin de facilitar la comunicación de la citada Urbanización, comprometiéndose don Ramón y don Julio a pagar una parte de la urbanización de los viales. Como contraprestación los demandados se obligaban a ceder a don Ramón y a don Julio 7.500 metros cuadrados de parcelas de terreno de su Urbanización.

Fallecidos don Ramón y don Julio, sus herederos constituyeron la sociedad Urbanización LA NINFA, S. A., entidad que demanda por incumplimiento de contrato, exigiendo la cesión de los 7.500 metros cuadrados.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

12. *Civil. Donación. Incapacidad del donante. Cosa juzgada.*—Las actuaciones de este pleito traen causa de otros anteriores en los que la hoy re-

currida, María L. B., solicitó la declaración de nulidad de donación de una finca rústica efectuada por su madre, Ramona B. E., en favor de su hijo (hoy recurrente y hermano de la recurrida) Asensio L. B. el 17 de diciembre de 1960, con base en la incapacidad de la donante, pretensión que fue admitida por el Juzgado, la Audiencia y el Tribunal Supremo.

Tras ello, Asensio L. B., que antes había mantenido su oposición sosteniendo la plena capacidad de su madre donante, inició otro juicio declarativo de mayor cuantía, en el que, contrariando sus actos anteriores, se apoya en aquella declaración judicial para pedir la nulidad de otra donación hecha igualmente por su madre en favor de otro de sus hijos, Gregorio L. B., el 2 de abril de 1959, y la posterior venta de que esa finca hizo el donatario el 28 de junio de 1959.

La demanda de Asensio L. B. fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, confirmando la Audiencia Territorial esta sentencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

Desestima el Tribunal Supremo la alegación del recurrente de que la sentencia ahora recurrida infrinja el principio de cosa juzgada, pues a los efectos del artículo 1.252 del Código Civil es claro que los casos en este proceso y en el anterior fueron distintos como distinta fue la calidad procesal de los litigantes y la causa de pedir, pero sobre todo porque los supuestos en que se basó la declaración de incapacidad para la primera de las donaciones (es decir, la de 1960) son diferentes de las de este caso, ya que allí la incapacidad quedó acreditada fehacientemente, mientras que la segunda, efectuada un año antes, la hizo la pretendida incapaz junto a su esposo, con el que aquélla coadyuvó por tratarse de un bien común, dando el Notario otorgante fe de su capacidad, que fue aseverada con rotundidad por tres doctores en Medicina que la examinaron, añadiendo que en el instante de hacerlo, a pesar de su enfermedad crónica, pudo tener la lucidez suficiente que le permitiera dar su aquiescencia y conformidad a lo escriturado, lo que permitió al Juzgador hacer la declaración de «no haberse probado la incapacidad pretendida», que tendría que haberse dado en forma clara y terminante. (Sentencia de 21 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

13. *Promesa de venta.*—Esta modalidad contractual es incompatible con la inequívoca existencia de conformidad en la cosa y el precio, aunque la cuantía de éste haya quedado sujeta al resultado de un posterior acaecimiento o referida a una concreta normativa reguladora del mismo, a menos que hubiera quedado patente la voluntad de las partes de excluir los efectos de la compraventa actual sustituyéndolos por aquel «obligarse a obligarse», desde el que, en principio, cabe contemplar la figura del artículo 1.541 del Código civil.

Enriquecimiento injusto.—La existencia de una elevación extraordinaria de precios en el tiempo que media desde la suscripción de los contratos has-

ta la terminación de las obras no determina un enriquecimiento injusto en los compradores, pues para ello sería necesario una falta de causa que justifique el enriquecimiento, requisito aquí ausente cuando se contrata que las obras empezaron a ser financiadas por los compradores, mediante la entrega de dinero al constructor, desde la firma del contrato y a lo largo de todo el período de la construcción, lo que no permite cargar a los compradores el montante de aquella elevación, por otra parte integrado en ese cierto «alea», en este caso tanto más conocido por el vendedor, dada su profesión de constructor, que previsible por los compradores, inherente a toda compraventa de cosa futura con pago del precio aplazado en parte.

Causa ilícita.—No existe en el caso de adquisición de más de una vivienda de protección oficial (estableciendo la legalidad vigente en esta materia la adquisición de más de una de ellas para uso propio, porque además de no ser tesis válida para todos los casos, como determina el artículo 106 del Reglamento de 24 de julio de 1968, olvida que en modo alguno afecta a la libertad de compra, de modo que, civilmente sólo cabría poner en cuestión la eficacia del contrato mediante la demostración por el que argumenta con su ilicitud de la efectiva producción del hecho fraudulento, el cual no puede ser presumido derivándolo sin más de la compra múltiple, ya que a ésta en modo alguno cabe atribuirle el destino inexorable de la reventa lucrativa o la ilegal ocupación por un mismo comprador de los varios pisos adquiridos, situaciones que por su parte tienen adecuada sanción en el Reglamento como ponen de manifiesto los artículos 115 d) en relación con los números 6 y 8 del apartado B) del artículo 153 del propio ordenamiento. (Sentencia de 20 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

14. *Venta de vivienda protegida. Sobreprecio.*—La fijación del precio por la Ley obliga a su cumplimiento, hasta el punto del deber de sancionar con la nulidad por ilicitud todo precio de vivienda protegida que exceda del señalado en la cédula de calificación definitiva.

Carga de la prueba.—Corresponde a la demanda la prueba de lo contrario por ser hecho extintivo.

Garantía de la fe pública de la escritura.—No alcanza o no concede el privilegio de la veracidad intrínseca, material, a todo su contenido (salvo su otorgamiento y su fecha en cuanto a tercero), puesto que sus declaraciones —respecto de los contratantes y causahabientes— pueden ser en cuanto a su contenido enervadas por otras pruebas, dado el sistema de libre apreciación de los medios que la ley consiga, sin valor preferente de unos sobre otros en general, que es a lo que se atuvo la Sala sentenciadora, máxime por el imperativo legal que le obligaba a estar el precio reglamentariamente fijado en la calificación definitiva de la vivienda.

Confesión.—Ha de ser clara, precisa y contundente y que, aun así, tampoco sería decisiva por sí sola, dada su pérdida condición de reina de las pruebas.

Error en la apreciación de la prueba.—La propia formulación del motivo impide el estudio de lo que en él se expresa, que no se indica si el error en la apreciación de la prueba es el de hecho o el de derecho y aun suponiendo, como parece ser, que se refiere al de hecho, porque no se cita, como es obligado, el documento o documento auténtico que demuestre el pretendido error, independientemente de que la alegación como infringido del artículo 1.253 ha de seguir el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por no contener tal precepto sustantivo norma valorativa de prueba.

Conclusión presuntiva.—Para destruirla hay que acreditar o demostrar que el juzgador ha seguido, al establecer el nexo entre hechos base y consecuencia, una vía o camino erróneo, ilógico o absurdo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio. (Sentencia de 26 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Venta de una vivienda protegida por un precio superior al señalado en la cédula de calificación definitiva. El comprador demandó a la empresa vendedora solicitando la devolución de lo que había pagado en exceso, los intereses legales y las costas.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la empresa vendedora.

15. *Compraventa. Resolución parcial. Incongruencia.*—La recurrente alegaba incongruencia en la Sentencia recurrida porque ejercitada una acción de resarcimiento de daños, la Sentencia había declarado resuelto parcialmente el contrato. Y dice el Tribunal Supremo que, conforme a reiterada jurisprudencia (Sentencias 12 junio 1981, 20 junio 1981, 3 julio 1981, 3 marzo 1981, 8 abril 1982, 17 mayo 1982, 30 junio 1982), la finalidad del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía con los principios de contradicción, audiencia bilateral y «sententia debet esse conforme libello», es la de resolver todas las cuestiones propuestas en el debate, ultimándolo tanto procesal como sustantivamente en evitación de procesos ulteriores, ajustando el fallo a las pretensiones de las partes, pero no de modo literal, sino sustancial y razonablemente, de tal modo que sobre la base de un respeto absoluto a los hechos, pueda el juzgador, sin embargo, pronunciarse sobre la esencia y circunstancias concomitantes del tema, antecedentes y consecuentes, incluso mediante la elección de la norma adecuada (iura novit curia) y la aplicación de la misma a dichos presupuestos y consecuentes implícitos en la «causa pretendi», siempre que con ésta tengan normal, natural y lógica relación. (Sentencia de 19 de enero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora había comprado a ASTILLEROS DEL ATLANTICO una maquinaria (compuesta de partes capaces de separación y de utilización también parcial). La demandada entregó una de esas partes de

forma insatisfactoria para la actora, pues no se ajustaba a la marca y calidad pedida, por lo que solicitaba una indemnización de daños y perjuicios. El juzgado estimó la demanda, la Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

16. *Resolución de contrato de compraventa. Requisitos.*—La facultad de resolver el contrato de compraventa por falta de pago del precio en el tiempo convenido exige, a tenor de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil y de la jurisprudencia que los interpreta, una voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación por parte del comprador y una previa declaración de voluntad del vendedor exteriorizada en forma de requerimiento judicial o notarial dirigida al comprador de tener por resuelto el contrato. (Sentencia de 22 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor había vendido diversos locales comerciales a los demandados, aplazando parte del precio mediante letras de cambio, que habían sido devueltas por los demandados. El actor pedía la resolución de los contratos. El Juzgado estima la demanda. La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

17. *Venta a plazos de bien mueble. Caducidad del asiento no cancelado.*—Es clara la estimación del motivo en atención a las siguientes razones: a) porque no se puede dar, como última y definitiva «ratio» para rechazar la excepción de caducidad registral, la aplicación al caso del artículo 76 de la Ley Hipotecaria, expresivo de que «las inscripciones no se extinguen, en cuanto a tercero, sino por su cancelación «y no porque sea una aplicación analógica impropia o excesiva de lo que puede considerarse un principio o más bien regla registral de acomodación tabular a la realidad extrarregistral, sino porque sus propios términos generales no excluyen, en definitiva, otros supuestos de extinción de asientos previstos incluso en la misma Ley Hipotecaria, bien por cancelación automática o «de iure» del derecho registrado, bien por caducidad del asiento del Registro afectante a la publicidad (artículos 82, 2; 205 de la Ley Hipotecaria; 174, 175 y 298 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 205 de la Ley, y otros supuestos), hipótesis en las que el Registrador ha de proceder a la cancelación *de oficio* del asiento o anotación, sin consentimiento del titular ni mandato de autoridad, operándose así una cesación de efectos registrales «ministerio iuris», hasta el punto de que, según autorizada doctrina, la caducidad de la inscripción de inmatriculación (artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento) arrastrará o conllevará la ineficacia de otros asientos posteriores, aunque no se hubiera anotado marginalmente la cancelación por omisión del Registrador; b) porque es doctrina general que la caducidad, como expresión del influjo del tiempo en las relaciones jurídicas, por su propio carácter, a diferencia de la prescripción, opera de modo automático, por el mero transcurso del tiempo señalado en la Ley, sin más exigencias o independientemente de la voluntad, tanto de los interesados en el derecho

o relación jurídica controvertida, como del funcionario o autoridad que ha de apreciarla, lo que la distingue del plazo prescriptivo como excepción disponible por las partes; c) porque, en armonía con lo expuesto, más se refuerza ese carácter automático e «*ipso iure*» de la caducidad del asiento registral cuando, a semejanza del Reglamento Hipotecario en sus artículos 298 y 206, 13, la Ley dispone, tal el artículo 17 de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 8 de julio de 1966 (que coincide con el artículo 24 de la Ordenanza hoy vigente, de 15 de noviembre de 1982), que «el registro del documento *caducará y se cancelará de oficio* por el transcurso de un año, contado a partir del vencimiento del último plazo del precio aplazado»; d) porque esa expresión normativa está indicando el carácter radical y automático de la cancelación y pérdida de eficacia del asiento desde el punto de vista y operatividad registral, es decir, a los efectos de terceros posibles afectados por el contenido del asiento, y ello sin necesidad de que el Registro haya procedido o no a extender la nota de cancelación, puesto que ello sería contrariar lo tan claramente dispuesto en la Ley y dejar al arbitrio tanto de la parte interesada (que no solicita la prórroga), como del funcionario, la subsistencia de un asiento en perjuicio del tercero que confía en la mecánica legal del Registro, y e) en fin, porque ya las Sentencias de esta Sala, de 19 de abril de 1973 y 19 de abril de 1975 se pronunciaron de parejo modo, en caso análogo, en el sentido de que no se podían oponer a la Hacienda Pública los asientos registrales de inscripción de las reservas de dominio cuando dichos asientos aparecían caducados, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ordenanza, en fechas anteriores al embargo tributario.

Inaplicación del artículo 23 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.—Entendido como se ha expuesto el artículo 17 de la Ordenanza, es evidente que no se aplica de modo correcto el artículo 23 de la Ley de Venta a Plazos de 1965, puesto que el hecho-derecho de la caducidad del asiento impide la subsunción en el supuesto de hecho de dicho artículo 23, es decir, inoponibilidad a un tercero, aquí la Hacienda, de un derecho no registrado cuando esa constancia tabular es precisa para que aquél sea afectado o perjudicado.

Tercearía de dominio. Carencia de título.—Razonamiento extensible a la aplicación indebida del artículo 348 del Código civil, en tanto que al tercerista, a los efectos de su acción esencial, cual es la del levantamiento del embargo practicado por Hacienda en un vehículo del que se dice dueño, no aporta el necesario título dominical para conseguir ese efecto, con la consecuencia obligada de la persistencia de la traba o embargo. (Sentencia de 30 de marzo de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de venta a plazos de un vehículo furgoneta, en el que se pactó la reserva de dominio a favor del vendedor hasta el total pago del precio. En el año 1976 el vendedor reclamó al comprador, en juicio ejecutivo, el importe de las últimas cuatro letras vencidas y no pagadas, y recayó sentencia de condena contra el comprador. Pero en 1977

la Recaudación de Impuestos del Estado procedió al embargo del citado vehículo. Por este motivo el vendedor interpuso demanda de tercería de dominio contra el Estado y el comprador embargado.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia territorial acogieron la demanda del vendedor. Prospera el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

18. *Contrato de traspaso. Prestación de garantía hipotecaria. Error de hecho y de derecho.*—La actora había traspasado un bar a los demandados, quienes se obligaban a prestar garantía hipotecaria por el precio del traspaso, acordando ambas partes poner la documentación del bar a nombre de tercera persona. Incumplida la obligación de garantía, la actora formuló demanda solicitando se les condenara a formalizar la hipoteca, demanda que fue íntegramente admitida por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Territorial.

A tenor de lo sancionado por reiterada jurisprudencia, «para demostrar el error de derecho es preciso citar la ley referente a la valoración de la prueba que se haya violado por la sentencia recurrida, y para el error de hecho citar concretamente el documento o acto auténtico que, sin complejidades de juicio y de razonamientos, patentice la pretendida equivocación de hecho sufrida por el juzgador, careciendo de la calidad de auténticos los documentos sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia». (Sentencia de 15 de noviembre de 1982.)

19. *Arrendamiento de industria.*—El Tribunal considera probado que la actora aportó todos los elementos del negocio de peluquería ya dispuesto para un normal funcionamiento y ejercicio, sin que pueda admitirse que los útiles fueron adquiridos por la arrendataria para instalar su propia industria, puesto que dichos útiles fueron abonados por la arrendadora. (Sentencia de 10 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

20. *Documentos auténticos.*—El contrato originario, las certificaciones de recepción y memoria de condiciones carecen en sí mismos de la autenticidad requerida. Además fueron tenidos en cuenta, examinados e interpretados por el Juzgador, sin que por sí solos demuestren lo contrario de lo apreciado por éste.

Utilización de argumentos impropios en casación.—La desestimación del motivo se refuerza por la circunstancia de que en el desarrollo del mismo se utilizan argumentos jurídicos, especialmente interpretativos y en relación con el concepto del contrato «mixto», impropios de este lugar, con la incidencia de la causa novena del artículo 1.729 de la Ley de Trámites, que en el actual trance decisorio lo es de desestimación.

Contrato mixto de compraventa y arrendamiento de obra.—Es perfectamente compatible la compraventa con la unión a un contrato de arrendamiento entendido también ciertamente como la locación de actividad o servi-

cio en el caso de que lo sea de obra, y ello como consecuencia de la actuación de la autonomía privada que consagra el artículo 1.255 del Código civil, que permite a los contratantes, siempre que respeten el triple límite que en el mismo se establece, la creación de tipos distintos de los previstos en la ley para cubrir las cambiantes necesidades económicas, generalmente utilizando los elementos de contratos regulados por esta, mediante fusión o simple unión de los mismos como sucede en el caso contemplado, que unas veces son simplemente atípicos bien con propio nombre (hospedaje, garaje, exposición, educación, corretaje, etc.), bien manteniendo los de los que se unen o fusionan, pero siempre produciendo una síntesis unitaria, y otras veces son además «innominados» por carecer de nominación propia y de regulación aplicable por carencia de precedentes (sumamentos raros), de los cuales los primeros son llamados *complejos* y *mixtos*, término este último utilizado por la doctrina alemana e italiana («Gemische Verträge», «contratti misti»), de lo que en España se hizo eco no sólo la doctrina científica, sino también la jurisprudencia de la que son muestras las Sentencias de 27 de febrero de 1950, 13 de octubre de 1965 y 29 de mayo de 1972, entre otras; viéndose incluso manifestaciones de los mismos en una serie de casos contemplados en el Código civil como la permuta con compensación de dinero (artículo 1.446), la donación onerosa (artículo 622), la aparcería (artículo 1.579) y la obra con suministro de material (artículo 1.588).

Regulación del contrato mixto.—El problema del contrato mixto no es el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto tres direcciones doctrinales que, iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar, la de la *absorción* o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos sean predominantes, que absorbería a los demás; en segundo término, la de la *combinación* que postula una especie de «alfabeto contractual» consistente en tener en cuenta los elementos concretos, más que el contrato nominado del que derivan, y finalmente, una *ecléctica*, partidaria de utilizar uno u otro criterio, según la combinación de elementos que intervengan en cada caso particular, siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la *analogía*, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo la solución, en última instancia, de lo que decida, con su prudente arbitrio, la autoridad judicial; criterio que fue tenido presente en las Sentencias de 10 de junio de 1929 y 21 de marzo de 1956, y que es, en definitiva, el que, con acierto, sigue en este caso la Sentencia recurrida.

Prescripción de la acción.—Si se está en presencia de un contrato mixto y no de una compraventa, no puede sostenerse que es de aplicar el plazo prescriptivo de tres años, del número cuatro del artículo 1.967, sino el de quince años del artículo 1.964, por carecer en la Ley de uno específico.

Afirmaciones meramente fácticas.—Han quedado incólumes en casación, por no intentarse desvirtuar por la única vía procesal adecuada del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 19 de mayo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de venta e instalación de unos hornos de fusión por un importe específicamente determinado, del que no se pagó una determinada cantidad. Por este motivo el vendedor interpuso demanda solicitando el pago de la suma adeudada y los intereses legales correspondientes.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial acogió en parte el recurso y absolvió a uno de los demandados. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Como ha precisado el profesor DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs. 208-209), la cuestión clave para fijar el significado del negocio atípico (incluido el mixto) es la de cuál es su causa. Conforme a la causa del negocio atípico, se averiguará si lo convenido tiene la unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios y, en tal caso, si ellos son entre sí independientes, conexos o subordinados. También habrá de atenderse a ella y a la legislación correspondiente, cuando se trata de saber si la variante introducida en el negocio le exime de los preceptos imperativos de una ley (p. ej., de la LAU). Lo que sí puede y deberá hacerse es utilizar analógicamente lo dispuesto en las leyes respecto de prestaciones de la misma o semejante naturaleza (p. ej., sobre vicios de la cosa). Todavía, sobre el modo de entender y completar el contenido de los convenios, se aplicarán a los negocios atípicos las reglas sobre la interpretación (artículos 1.286, 1.287, 1.289) y la eficacia de los contratos (artículo 1.258).

Sobre la doctrina del Tribunal Supremo puede consultarse la amplia referencia que aparece en la citada obra de DE CASTRO (Op. cit., pp. 209-211).

A. C. S.

21. *Contrato de obra. Ampliación de la obra proyectada. Revisión del precio.*—Cumple decir que por estar sustancialmente referido el motivo a la impugnación de la partida de obra ampliada no es posible acceder a su estimación ante la terminante fijación de la prueba, no combatida en este punto en el recurso por la vía adecuada, tal como antes se ha expuesto, es decir, la aceptación inequívoca, aunque tácita, del demandado a la valoración de esa obra en la cantidad dicha y que figura como determinante de la liquidación del tan citado documento número cinco realizado por el arquitecto técnico, consentimiento que el juzgador de instancia no funda en el silencio, sino en el conjunto de la prueba, y sin olvidar que, de estar constituido por él, la conclusión judicial no sería sino una presunción que habría de ser combatida con la denuncia de la infracción de las normas a ella referidas, según ya se dijo en Sentencia de 10 de octubre de 1982. (Sentencia de 28 de enero de 1983; ha lugar.)

NOTA.—La autorización del comitente al aumento de obra se deduce del hecho de permitir y autorizar la continuación de la obra con su frecuente presencia en ella y solicitar del arquitecto la certificación final de obra sin reparo alguno, actos que son considerados concluyentes. El recurso de

casación es acogido por el Tribunal Supremo tan sólo por haber padecido la Sala de Instancia error de hecho a la hora de incluir en su fallo, para liquidar la cantidad que ordena pagar al demandado, una determinada partida que, de acuerdo con el contrato, no era revisable.

En diversas sentencias nuestro Tribunal Supremo ha deducido la autorización del comitente, exigida por el artículo 1.593 del Código civil, de la conducta del mismo. Así, en la Sentencia de 31 de marzo de 1982 no se conceptúa arbitraria o ilógica la operación razonadora que deduce la conformidad del dueño de la obra a la realización de las mejoras del significativo hecho de pagar sin otra justificación unas trescientas cincuenta mil pesetas más sobre la cantidad presupuestada de principio (la hemos comentado en este ANUARIO, 1982, III, pp. 952-953). También tienen interés las Sentencias de 26 de diciembre de 1979 y 17 de diciembre de 1980, que anotamos igualmente en este ANUARIO (1980, IV, pp. 1100-1101, y 1981, III, p. 898).

A. C. S.

22. *La recepción de la obra. Vicios en el inmueble construido.*—Si bien como tiene declarado esta Sala, la principal característica del arrendamiento de obra es el resultado del trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada de recibo, quedando esta declaración supeditada a resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella, y que la doctrina generalizada admite que el propietario tiene derecho, aun después de la recepción de la obra, al saneamiento por vicios ocultos (Sentencia de 14 de octubre de 1968), no ofrece duda que, en el supuesto de autos, en el que se parte del hecho no combatido de que se ha producido un incumplimiento parcial del contrato de obra por parte del contratista hoy recurrente, y que el informe pericial practicado en autos aparece no sólo la deficiencia de las obras ejecutadas, sino también que aquélla no resultaba apta para su ocupación, en modo alguno cabe sostener que la recepción verificada por el dueño de la obra, en la que mostró una conformidad, que por ser anterior al recibo de la obra no le permitió apreciar la imposibilidad de su ocupación, salvo que se verificarán determinadas reparaciones, libere al contratista de su obligación de responder del saneamiento por vicios ocultos, a que le obliga el artículo 1.553 del Código civil, sin perjuicio de que a la misma conclusión se llegaría por aplicación del mandato del artículo 1.591 del mismo cuerpo legal, regulador de la responsabilidad del contratista por vicios de la construcción.

Principio de la congruencia.—Obliga a que exista concordancia entre lo pretendido y lo resuelto; pero no exige que el juzgador tenga que pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, sino que, por el contrario, el fallo ha de acatar la esencia de lo solicitado, en conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito, y el ajuste del fallo a las pretensiones y a los hechos discutidos no ha de ser literal, sino sustancial y razonable y siempre sobre la base del respeto absoluto a los hechos pueden los jueces aplicar la norma que estimen adecuada, como respuesta jurídica correcta, enten-

diéndose que esto es extensivo a las naturales, lógicas y necesarias derivaciones del tema planteado que conduzcan a la más fácil efectividad del fallo, por lo que, al limitarse la Sala sentenciadora a anticipar, en aras de una mayor economía procesal, la concreción de la cantidad indemnizatoria a cuyo abono condena al demandado, partiendo de la base de los hechos fijados en las actuaciones, a través de las pruebas contradictoriamente practicadas en la correspondiente fase procesal, no puede entenderse que se ha producido incongruencia alguna.

Incumplimiento parcial. Falta de virtualidad suficiente para motivar la resolución del contrato.—Como tiene declarado una constante doctrina jurisprudencial, la aplicación de la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas que autoriza el artículo 1.124 del Código civil, requiere la existencia de un verdadero y propio incumplimiento, revelador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de una obligación contractual, lo que no sucede en el supuesto que nos ocupa, en que la resolución recurrida aprecia como hecho probado un incumplimiento parcial, consistente en la ejecución deficiente de la obra que, no obstante, fue entregada en su momento al actor, y que no alcanza virtualidad suficiente para motivar la resolución del contrato, lo que no impide que, en virtud de los artículos 1.553 y 1.101 del Código civil, se condene a los demandados al abono de las indemnizaciones que procedan por los daños y perjuicios causados al dueño de la obra, como consecuencia de su deficiente ejecución. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato para la construcción de un chalet. Con anterioridad a su terminación, el comitente manifestó su conformidad a las obras, pero más adelante observó deficiencias de construcción. Por este motivo solicitó la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la petición de resolución y acogió la relativa a indemnización de daños y perjuicios. No prosperan los recursos de apelación y casación.

NOTA.—En esta sentencia se aborda el problema de la relación de la recepción que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1968 define como el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente, y los vicios en la obra construida. Se trata, en definitiva, de precisar los efectos de la recepción en orden a la responsabilidad del contratista por vicios en la obra construida.

Según el contratista recurrente, la recepción de la obra por parte del comitente le libera de toda responsabilidad, con la única excepción del artículo 1.591 del Código civil. Con buen criterio, sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza esta argumentación del recurrente, porque la recepción verificada por el comitente, al ser anterior a la terminación de la obra y no permitirle apreciar en este momento las deficiencias de la construcción, no autoriza liberar al contratista de su obligación de responder por los

vicios ocultos. De esta manera sigue nuestro Tribunal Supremo la doctrina afirmada en la Sentencia de 14 de octubre de 1968. Conviene reflexionar, aunque sea brevemente, sobre las importantes conclusiones que se deducen de la posición del Tribunal Supremo.

A) En relación con la existencia de vicios en la obra construida, la recepción no cubre en modo alguno los vicios ocultos. La invocación del artículo 1.553 del Código civil es significativa en este sentido. Queda, no obstante, abierta la cuestión respecto de los vicios aparentes, y en buena lógica no cabe duda de que si también se tiene en cuenta este precepto el contratista ha de liberarse de la responsabilidad derivada de los vicios aparentes que no han sido denunciados por el comitente al producirse la recepción (al menos frente al propio comitente). El problema, sin embargo, no es solucionado específicamente en la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (artículos 1.588 a 1.600), aunque se afirma por numerosos autores y el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de octubre de 1968) la aplicación analógica del citado precepto y del artículo 1.484 del Código civil (Cfr., nuestro estudio *La recepción de la obra*, en este ANUARIO, 1978, II, pp. 302-306). Con carácter general, al exponer las consecuencias de la ejecución defectuosa de la prestación por el deudor, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1972, p. 691) considera aplicable los principios de diligencia y autorresponsabilidad si el acreedor (en nuestro caso el comitente) aceptó sin reserva ni protesta alguna una prestación que él conocía que era defectuosa o cuyo carácter defectuoso debió diligentemente descubrir.

El problema es también abordado en el Derecho comparado y las soluciones consagradas legalmente o defendidas por la doctrina y la jurisprudencia no suelen diferir de la expuesta. Los artículos 1.667 del Código civil italiano, 370 del Código de las obligaciones suizo y 1.219 del Código civil portugués son muy claros en este sentido. En el Derecho francés la garantía de perfecta terminación no se aplica a los vicios que se patentizan con anterioridad a la recepción de la obra y que no han sido objeto de reservas (artículos 1.792-6 del Código civil). Como dice CASTÓN (*La responsabilité des constructeurs*, París, 1979, p. 110), esto es lógico, puesto que la recepción de los trabajos constituye una aceptación; los vicios aparentes han de considerarse aceptados con el resto de la obra.

En el Derecho alemán el problema es muy debatido. Desde luego, en el BGB se tiene en cuenta el hecho de que el comitente conozca o no la existencia de los vicios, pues de acuerdo con el párrafo 640, si el comitente admite la obra conociendo la existencia del vicio, sólo le corresponden las pretensiones de supresión del vicio, resolución del contrato o reducción del precio (párrafos 633 y 634) si se reserva sus derechos en el momento de la admisión de la obra.

Se ha cuestionado por numerosos autores alemanes si el comitente, en el caso de que no haga reserva de sus derechos, tal como previene el párrafo 640, tiene derecho al rescaramiento de daños y perjuicios contemplado en el párrafo 635. Un importante sector doctrinal ha sostenido que el comitente pierde este derecho, pues una solución diferente sería contraria a la buena fe (cfr., SCHÜSSLER, *Die Abnahme beim Werkvertrag*, Rostok, 1933, p. 25, donde aparece una amplia referencia de autores que piensan de esta manera). Sin embargo, algunos autores entienden que dicha tesis está en desacuerdo con lo dispuesto en el párrafo 640 (cfr., FRYE, *Die Mangelhaftung um Werkvertrag*, Marburg, 1933, p. 42, y LOCHER, *Das private Baurecht*, München, 1978, p. 19, con amplia referencia doctrinal).

B) Nuestro Tribunal Supremo no considera procedente la pretensión de resolución del contrato de obra, sino exclusivamente el rescaramiento de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1.101 del Código civil. La

argumentación del Tribunal Supremo parece correcta, ya que los vicios que presentaba el chalet construido, al no ser determinantes de ruina, no determinaban la frustración del fin del contrato y por tanto la resolución del mismo. Anteriormente este Tribunal ha afirmado en supuestos similares (Sentencias de 3 de octubre de 1979 y 15 de marzo de 1979, entre otras) que la acción resolutoria presupone que los vicios revistan tal grado de imperfección que hagan impropia la obra para satisfacer el interés del comitente (sobre la cuestión véase nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979, en este ANUARIO, 1980, I, p. 213 ss.)

A. C. S.

23. *Venta de pisos en construcción que presentan vicios no determinantes de la ruina. Aplicación de las normas generales de la responsabilidad negocial.*—No se está en presencia de vicios determinantes de ruina, ni siquiera en la amplia acepción que la jurisprudencia da al concepto en la esfera del contrato de obra, extendiéndola a la inutilidad de la construida para su destino o «ruina funcional» (Sentencia de 11 de enero de 1982 y las que en ella se citan), sino de ejecución defectuosa con relación a lo proyectado y ofrecido al otorgar la venta de los pisos en construcción, en definitiva ante un supuesto de incumplimiento contractual, solventable por la vía de las reglas generales de la responsabilidad negocial (Sentencias de 3 de octubre de 1979 y 8 de febrero de 1982), ante la evidencia de que el contratista y vendedor no realizó la prestación según lo pactado en este contrato que, para autorizada opinión, presenta naturaleza compleja por la concurrencia del *dare* de la compraventa con el *facere* del contrato de obra.

Responsabilidad del promotor.—El técnico aludido ocupa la posición de extraño, como enteramente ajeno a los contratos de compraventa, y aun dentro del ámbito del artículo 1.591, norma de derecho material en que podría basarse la situación litisconsorcial denunciada, tampoco puede apreciarse la irregularidad que se dice en la constitución de la relación jurídica procesal, pues si bien no existe obstáculo para incluir en la hipótesis normativa en cuestión también el Aparejador o Arquitecto técnico, con responsabilidad especificada en los artículos 1 y 2 del Decreto de 16 de julio de 1935, según la calificación que le atribuye el de 19 de febrero de 1971, como ya declaró la sentencia de 9 de octubre de 1981, e incluso cabría acudir al procedimiento análogo autorizado por el artículo 4, párrafo 1.º, del Título Preliminar del Código civil, es manifiesto que tal posibilidad, encaminada a reforzar la posición del comitente y la del comprador, no puede ofrecer pretexto para que oponga un óbice procesal quien ha sido justamente interpelado en su triple cometido de promotor, contratista y vendedor de los pisos, en suma verdadero *factotum* de la obra, al que no es permitido escudarse en las supuestas responsabilidades de los técnicos cuando se trate de deficiencias imputables a su voluntaria desviación del proyecto, obviamente para lograr un mayor lucro.

Recurso de casación por infracción de ley.—El precepto invocado, como de naturaleza estrictamente procesal que es, no puede servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley. (Sentencia de 23 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—En los pisos vendidos se observaron determinados defectos de construcción, por lo que los propietarios demandaron al promotor y a los técnicos que intervinieron en la obra para que los subsanasen.

El Juez de Primera Instancia condenó solidariamente a los demandados a la subsanación de los defectos. La Audiencia Territorial excluyó de responsabilidad a los técnicos. No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor.

NOTA.—Esta sentencia tiene un notable interés por diversas razones:

A) En primer lugar, observamos que se establece la responsabilidad del promotor que ha vendido pisos defectuosamente construidos con arreglo a las normas generales de la responsabilidad negocial. Pero nuestro Tribunal Supremo no justifica esta solución tanto en la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de responsabilidad negocial, lo cual ha afirmado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (Sentencias de 28 de noviembre de 1970, 30 de noviembre de 1972, 3 de febrero de 1975, 28 de enero de 1980, 8 de febrero de 1982, 18 de febrero de 1982, entre otras), como en la doctrina de la Sentencia de 3 de octubre de 1979, que comentamos en este ANUARIO (1980), I, pp. 194-223). En la misma se afirma que en el campo del contrato de obra y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericial profesional exigible, es claro que tal hipótesis (la de la sentencia que anotamos ahora), no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del artículo 1.591, determinará la consiguiente responsabilidad del contratista de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad contractual. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 20 de febrero de 1981, que también anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1102-1104).

En el comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 hemos puesto de relieve lo acertado de esta solución, considerando inadecuada la aplicación analógica de las normas sobre saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida.

B) Con buen criterio nuestro Tribunal Supremo, al haberse producido la venta de los pisos en construcción, considera que los contratos presentan naturaleza compleja por la concurrencia del *dare* de la copraventa con el *facere* del contrato de obra. En el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos* (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 878-926) también hemos considerado acertada esta tesis. Véanse también las interesantes apreciaciones de CADARSO PALAU (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 239 ss.) y MORALES MORENO (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, III, p. 653 ss.) en torno a la responsabilidad del promotor-vendedor.

C) Al condenarse exclusivamente al promotor, en esta sentencia se afirma el sistema de responsabilidad privativa, que aparece claramente formulado en el artículo 1.591 del Código civil. Nótese que nuestro Tribunal Supremo sólo ha afirmado la responsabilidad solidaria de los profesionales de la construcción cuando no es posible la individualización de los comportamientos dañosos y el hecho dañoso proviene de una acción conjunta de los que han intervenido en la obra (Sentencias de 9 de octubre de 1981, que anotamos en este Anuario, 1982, I, pp. 259-261 y 8 de febrero de 1982, que también anotamos en este ANUARIO, 1982, III, pp. 945-947).

D) Finalmente, nos parecen plenamente convincentes las consideraciones del Tribunal Supremo en torno a la posible responsabilidad del aparejador o arquitecto técnico. Véase nuestra anotación a la sentencia de 9 de octubre de 1981 en este ANUARIO (1982, I, pp. 259-261).

24. *Determinación del verdadero comitente. Apariencia y buena fe.*—En el caso debatido los organismos jurisdiccionales de una y otra instancia no desconocen el alcance de tales antecedentes documentales en punto a la personalidad independiente que a ambas sociedades les confiere el cumplimiento de los requisitos de su constitución con arreglo al artículo 6 de la Ley de 17 de julio de 1951, sino que sin olvidar que las dos entidades son en el terreno de los principios distintos sujetos de derecho, entiende con todo fundamento que ambas, en íntima relación, actuaron frente al otro sujeto del negocio como si sólo de I. V. se tratara, provocando una apariencia que en modo alguno puede favorecer a la parte que pretende ampararse en la confusión creada, actitud incompatible con los postulados de la buena fe proclamados en el artículo 7 del Código civil y en la regla de hermenéutica que impone la interpretación *contra preferentes* a tenor del artículo 1.288, excluyendo toda valoración del comportamiento en la ejecución contractual reñida con esa pauta de la *bona fides*.

Obra a satisfacción del propietario.—La aplicación del artículo 1.598 del Código civil requiere como elemento ineludible, como se infiere de su sentido literal, de la redacción de la Ley 24, título 2, libro 19 del Digesto que le sirve de antecedente («*si in lige locationis comprehensum sit, ut arbitratur domini opus approbatur*»), y de la interpretación dada por la jurisprudencia al mismo (Sentencias de 26 de noviembre de 1956, 23 de noviembre de 1964 y 17 de marzo de 1975), el pacto específico de las partes conviniendo expresamente que la obra ha de hacerse a satisfacción del propietario, cláusula primordial en cuanto a cuya existencia nada se indicó en la fase de alegaciones y tampoco en el recurso se concreta que pasaje de la documentación aportada la contiene.

Arbitrio del propietario. Artículo 1.598 del Código civil.—Ha de ser justo, como expresaba el texto clásico *ac si viri boni arbitrum coprehensum fuisset*.

Recepción de la obra sin protesta.—La impugnación ha de ser desestimada porque la inmobiliaria demandada recibió sin protesta la obra realizada y atendió al pago de las facturas libradas por la empresa contratista. (Sentencia de 22 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la colocación de diversas unidades de carpintería interior en un bloque de edificios. Realizados los trabajos encargados, la sociedad comitente no pagó el precio acordado. Por este motivo el contratista interpuso demanda sobre reclamación de cantidad.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a la sociedad demandada a pagar al actor una determinada cantidad de dinero. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación, aumentando la cuantía de la suma fijada en la anterior instancia. No prospera el recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada alegando que ella no intervino en el contrato de obra sino otra sociedad perteneciente al mismo grupo.

NOTA.—Con buen criterio nuestro Tribunal Supremo protege al contratista acudiendo a los criterios de la apariencia creada y la buena fe. Parece, además, que en el fondo del caso late el problema de que estamos ante sociedades de interna comunicación. Se afirma en la sentencia la íntima relación de ambas sociedades.

De notable interés son las afirmaciones del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.598 del Código civil. Es indudable la necesidad del pacto de las partes para que el mismo pueda aplicarse y el arbitrio del propietario ha de ser justo. En este sentido se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo, citadas en la que anotamos, y la doctrina (cfr. DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, p. 15 ss.; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, p. 270 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978 p. 58 ss.).

Debemos decir también que si el comitente ha recibido la obra sin protesta y dado su conformidad, parece claro que no puede posteriormente invocarse la aplicación del artículo 1.598 del Código civil, como ha afirmado el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1982, III, pp. 950-952). Esto no ha de impedir, desde luego, que el comitente pueda ejercitar las acciones pertinentes si el edificio construido presenta vicios que eran ocultos al producirse la recepción de la obra tal como hemos señalado en nuestro trabajo, *La recepción de la obra* (en este ANUARIO, 1978, II, pp. 302-306) y en la anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1983, en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

25. *Sociedad civil. Criterios para el reparto de ganancias.*—En la sociedad, las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado entre los cuatro socios; de modo que, llegado el momento de disolución, las ganancias partibles han de concretarse en razón a la diferencia existente entre el real coste de la obra ejecutada y el precio que, como valor en venta, sea atribuible a la misma, y no el beneficio industrial o beneficio derivado sólo de la construcción en el contrato de ejecución de obra, que se refiere a un supuesto fáctico distinto del presente al que son aplicables las normas del contrato de sociedad. (Sentencia de 29 de enero de 1983; ha lugar.)

26. *Préstamo. Solicitud de nulidad. Aquietamiento.*—El Tribunal Supremo acepta la tesis de la demandada en el sentido de que el juzgador no podía adoptar una resolución confirmatoria de la nulidad del contrato instada por aquellos que en aquella fecha se habían avenido ya al cumplimiento del mismo en su totalidad (Sentencias 12 junio 1918 y 14 julio 1928). (Sentencia de 2 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores habían recibido un préstamo de la Sociedad demandada, impagando algunas de las letras libradas para su devolución, lo que motivó que la demandada iniciara en su día juicio ejecutivo contra los hoy actores, que pagaron entonces la cantidad reclamada.

Los actores solicitaban la declaración de nulidad del préstamo por usura. El Juzgado desestimó la demanda; la Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

27. *Recurso en ejecución de sentencia. Daños y perjuicios causados al arrendatario. Falta de reconstrucción del inmueble. «Quantum» indemniza-*

torio.—En la sentencia definitiva objeto de ejecución se fija un único módulo de carácter fáctico-pecuniario, consistente en fijar el alquiler de un local y vivienda similares a las que ocupaba el actor, para, de la suma así obtenida, deducir la renta anual que venía satisfaciendo el actor, obteniendo el *quantum indemnizatorio*; pero el auto recurrido, si bien parte del referido módulo, agrega a la suma obtenida el importe de su capitalización, dando lugar a una suma que no solamente excede del tope marcado por el actor, sino de la competencia objetiva establecida en la LEC para el juicio utilizado. (Sentencia de 11 de febrero de 1983; ha lugar.)

28. *Civil. Responsabilidad por daños. Auto ejecutivo. Prescripción comienzo del cómputo.*—Como tiene establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de octubre de 1981 y 5 y 23 de noviembre de 1981 y 8 y 20 de marzo de 1982, aun siendo dos las acciones que de un mismo suceso dañoso pueden derivarse, la ejecutiva contra el asegurador (T. R. Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor de 21 de marzo de 1968) y la ordinaria que se apoya en la normativa de la culpa extracontractual (artículo 1.902 y siguientes del Código civil), siendo su origen y fundamento el mismo, ello puede originar que los dos procesos se interfieran de seguirse simultáneamente, aunque por separado, al poder suscitarse en cualquiera de los dos la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima con la consiguiente posibilidad de decisiones contradictorias, por lo que al haber de entenderse que el ejercicio de la acción ejecutiva impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo del plazo de prescripción de ésta según el artículo 1.669 del Código civil, es visto que se dio la interrupción del trato temporal de la prescripción de la acción aquiliana de naturaleza ordinaria en supuestos como el de la presente litis, en que se ejercitan en un mismo proceso, acumulándolas, la acción contra el asegurador y uno de los supuestos responsables directos en la causación del evento dañoso, cuando menos desde que se dictó el auto del artículo 10 del T. R. de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor (ya que las diligencias para la expedición del título ejecutivo determinando la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de daños y perjuicios sufridos por el perjudicado amparados en el seguro obligatorio se sustentan en el procedimiento penal) constituyendo el auto que se dicta como consecuencia de tales diligencias el punto de partida para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones civiles ejercitadas (Sentencia 31 de octubre de 1981), dado, además, que es el auto ejecutivo el que facilitará al interesado los datos para que pueda optar por afrontar la vía ejecutiva o la ordinaria, o bien compatibilizar ambas, la segunda en forma subsidiaria por la diferencia, hasta obtener el resarcimiento en el módulo cuantitativo que crea adecuado (Sentencia 5 de noviembre de 1981). (Sentencia de 13 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de un accidente de circulación sufrido por un vehículo a motor al atravesar un paso a nivel abriendo colisionando con un tren que circulaba por la vía férrea.

La RENFE y la Compañía aseguradora alegaban que había transcurrido con exceso el plazo de un año para el ejercicio de la acción contado desde la fecha del sobreseimiento de las actuaciones en la vía penal.

El Juzgado y la Audiencia aceptaron la demanda de los perjudicados y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

29. *Culpa extracontractual. Daños causados por camión en local arrendado. Derribo del edificio por orden del Ayuntamiento. Imposibilidad de reedificar según Ley del Suelo. Cuantía de los daños. Ruptura del nexo causal.*— La aplicación del artículo 1.902 C. c. requiere la existencia de una relación causal, concepto puente entre el supuesto puramente fáctico del daño y el juicio de valor proyectado sobre la conducta de quien lo produjo, nexo que ha quedado interrumpido o roto en el presente caso, pues ni el derribo del edificio es consecuencia del golpe, sino que fue ordenado por el Ayuntamiento, ni la imposibilidad de redificación lo es sino resultado de normas y actos administrativos, que por no ser normalmente previsibles desbordan el área de la responsabilidad por culpa. (Sentencia de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

30. *Acción de reembolso. Responsabilidad por accidente. Reclamación al titular real de la empresa que actuó por testafarro.*—Se declara probado que la titularidad verdadera de la empresa correspondía a doña Angeles J. B. y a don Joaquín F. C., siendo incuestionable la procedencia de la acción de reembolso ejercitada, pues la sentencia condenatoria recaída en la jurisdicción laboral contra el patrono aparente del obrero accidentado no constituye ostáculo alguno para que en el adecuado juicio declarativo, con toda la amplitud de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se demuestre la ficción urdida y la consiguiente titularidad efectiva de los cónyuges demandados, cuya condena al reembolso es obligada en cuanto sujetos constreñidos verdaderamente al pago por su condición de auténticos propietarios del establecimiento industrial, quienes en otro caso obtendrían un enriquecimiento indebido a costa del patrimonio ajeno.

Error de hecho. Documento auténtico.—La certificación acreditativa de afiliación en la seguridad social del obrero accidentado no constituye documento auténtico en casación, pues tales constancias formales no tienen más alcance que el de ser velo de una ficción que la Sala de Instancia levanta, desvaneciendo la cobertura engañosa con los medios de conocimiento minuciosamente analizados, y es de todo punto inadmisibles incurrir en la petición de principio de argumentar que las altas a efectos laborales o fiscales, comportan una evidencia indiscutible, cuando cabalmente de lo que trata es de averiguar si los demandados han desarrollado sus actividades empresariales valiéndose de testafarro, con interposición ficticia o simulada para crear una mera apariencia, que resulta destruida una vez descubierta la realidad que se hallaba oculta.

Prueba testifical. Valoración.—La apreciación de la prueba de testigos la efectúa el organismo jurisdiccional discrecionalmente, como corresponde a un sistema de libertad en la materia y no de prueba legal o tasada, ya que derogadas por el artículo 659 L. e. c. las Leyes de Partida sobre la prueba testifical, ni este precepto ni el artículo 1.248 C. c. constituyen norma alguna valorativa de prueba de obligada observancia, dado que las reglas de la sana crítica, simples máximas de experiencia, no han sido codificadas, y el artículo 1.248 no contiene un mandato imperativo sino una mera exhortación o admonición a los Jueces y Tribunales, excluyente de toda posibilidad de acudir con su base al recurso de casación, según reiteradísima jurisprudencia. (Sentencia de 1.º de diciembre de 1982; no ha lugar.)

31. *Culpa extracontractual. Daños por incendio. Acción ejercitada por compañía aseguradora. Doctrina general sobre evolución de la jurisprudencia hacia soluciones cuasi-objetivas.*—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en Sentencia de 31 de marzo de 1978, la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicólogo y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa, criterio exegético que al presente se vigoriza a la vista del artículo 3.º.1. C. c. en cuanto introduce «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» como elemento interpretativo de las normas; por ello esta Sala ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el agente demuestre haber procedido en la diligencia debida según las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglamentada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han dado resultado positivo, revelando la ineficacia al fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado.

Responsabilidad por riesgo. Desplazamiento de la carga de la prueba.—No demostrado que el resultado dañoso se debiere a caso fortuito o fuerza mayor, es manifiesto que debe atribuirse a culpa de la entidad demandada, pues la realidad puso en evidencia que las disposiciones y medidas adoptadas para prever y evitar el daño producido por el incendio resultaron insuficientes y que no se hallaba completa la diligencia exigible atendidas las circunstancias concurrentes y, sobre todo, la facilidad de combustión de los géneros almacenados, pues la progresiva doctrina jurisprudencial citada im-

pide, en casos como el presente, aplicar el sistema subjetivista por operarse un desplazamiento de la prueba que impone al creador del riesgo la demostración de su diligencia, o de la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor. (Sentencia de 20 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—No hay duda que el T. S. ha sentado la doctrina aquí extractada en suficiente número de casos para que pueda considerarse reiterada y consolidada, sirviendo en este caso para estimar el recurso de casación dando lugar a la acción subrogatoria ejercitada por una compañía de seguros contra la entidad en cuyas instalaciones se produjo un incendio que ocasionó los daños indemnizados por aquélla a la asegurada, y cuya causa no se ha precisado; siendo de observar que la demanda había sido rechazada en ambas instancias. La dificultad radica en precisar y saber con antelación el ámbito de aplicación de tal doctrina cuasi-objetiva, ya que el T. S. se ha reservado el establecerlo soberanamente. No hay, por tanto, contradicción con fallos muy recientes del mismo T. S. en que tal doctrina ha dejado de aplicarse sino diversidad de supuestos de hecho. En el presente caso se trataba de un incendio en una nave industrial que almacenaba material altamente inflamables, y que colindaba con otras instalaciones industriales a las que fácilmente podía aquél propagarse. La responsabilidad por riesgo parece clara. Con todo, acaso haya que revisar los postulados de tal doctrina jurisprudencial a la luz del principio constitucional de presunción de inocencia, cuyo alcance ha declarado el Tribunal constitucional que desborda lo penal para inspirar otras ramas del ordenamiento jurídico (Sentencia 1 abril 1982). De estimarse plenamente aplicable al ámbito del derecho de daños o de responsabilidad civil, no parece *prima facie* fácilmente conciliable con la presunción de culpa y el desplazamiento de la carga de la prueba que forman parte de la doctrina jurisprudencial aquí aplicada.

G. G. C.

32. *Culpa extracontractual. Lesiones de operario por defectuoso manejo de grúa. Cuestión de hecho y de derecho a efectos de casación.*—A efectos de casación en pleitos seguidos sobre culpa extracontractual es necesario distinguir la cuestión de hecho referida a la propia existencia del daño o perjuicio que la genera y a la realidad de la acción u omisión que se imputa al demandado, y el problema de derecho que, partiendo de aquellos elementos fácticos se enfrenta con la calificación jurídica, como determinante de la imputabilidad por razón de culpa o negligencia; y mientras la primera sólo puede ser traída a casación por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 LEC, la segunda pone en juego, unas veces la aplicación de normas jurídicas, y otras, en las que se precisa un juicio o comparación de ideas para establecer la delación de causa a efecto, ha de acudir, como normas lógicas de presunción a las reglas del criterio humano.

Calificación de la culpa.—Para calificar de culposa una conducta no sólo ha de atenerse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecte y determinar si el agente obró con el cuidado,

atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesarias con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, determinado por la función de esta conducta en la vida en común (Sentencia de 23 marzo 1982); en el presente caso, el trabajador que manejaba la grúa era perfecto conocedor de las características del aparato, y tenía que ser necesariamente previsible para él la peligrosidad que suponía para el operario situado en el extremo de la pluma, el alargamiento de ésta, siendo obvio que no adoptó las prevenciones necesarias para evitar el daño consistente en la amputación de los dedos de un pie. (Sentencia de 7 de febrero de 1983; no ha lugar.)

33. *Culpa extracontractual. Muerte por accidente de obrero portuario. Responsabilidad de la empresa descargadora. Culpa «in vigilando».*—Si bien la Ordenanza del Trabajo para estibadores portuarios de 29 marzo 1974 establece que todos los que realicen trabajos en los puertos deberán estar inscritos en la Organización de Trabajos Portuarios, a la que acudirán las empresas para contratar personal, lo que eliminaría la responsabilidad «in eligendo», pero sigue en pie el deber de vigilancia que no alcanza, o no se refiere, a la capacitación o aptitud laboral previa, sino al correlativo deber como empresario, permanente o temporal, una vez que el obrero ejecuta su relación de trabajo, y que en el presente caso se comparte con otras entidades.

Responsabilidad de la Junta de Obras del Puerto y de la Organización de Obreros Portuarios.—Aunque no se da una relación formal de dependencia entre la empresa estibadora y los organismos públicos recurrentes, es lo cierto que tanto la Junta de Obras del Puerto, propietaria de la grúa, como la Organización de Obreros Portuarios, no están totalmente desligados en cuanto a la vigilancia y control de las operaciones portuarias, y de modo especial la segunda, en lo tocante a la selección de los trabajadores que las empresas han de contratar con su mediación, circunstancia ésta integradora de responsabilidad «in eligendo», permitiendo concluir que se da una relación de dependencia, más o menos extensa o intensa, entre las indicadas entidades públicas recurrentes.

Congruencia.—No hay exceso en la concesión de lo pedido al condenar solidariamente a los diversos implicados, mientras que el suplico de la demanda no lo pedía en esa forma, pues es reiterada la doctrina de que la acomodación del fallo al *petitum* no ha de ser literal, sino sustancial, y también lo es la doctrina según la cual es solidaria la responsabilidad contractual en el supuesto de concurrencia de varios responsables con participación no especificada, o no susceptible de cualificación y cuantificación. (Sentencia de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la muerte de un obrero portuario en accidente, mientras cargaba mercancías en un barco, su viuda, por sí y en

nombre de sus cuatro hijos menores, entabla acción resarcitoria con base en los artículos 1.902 y 1.903 C. c., contra los otros operarios (gruista y ayudantes), contra la empresa descargadora, contra la Junta de Obras del Puerto (dueña de la grúa y servicios) y contra la Sección de Trabajos Portuarios. La sentencia de la A. T. declara la existencia de culpa en el gruista y sus colaboradores, y negligencia concomitante, bien *in vigilando*, bien *in eligendo*, en las empresas y organismos públicos citados; indicándose para los autores materiales las causas mecánicas y personales del accidente (rotura del aparejo de la grúa, de la que cayó la carga sobre el obrero fallecido; falta de atención, amarre incorrecto de los estrobos, carga incorrecta, etc.) y en cuanto a las entidades demandadas, el que no se adoptaron las oportunas y precisas medidas de seguridad, cuidado y vigilancia, sin que se desvirtuara la presunción de culpa.

Interesante sentencia (Pte. de la Vega Benayas) sobre la responsabilidad *ex* artículo 1.903 C. c., en la que se corrigen algunas imprecisiones de la sentencia recurrida, que no afectan al resultado final del recurso. La empresa estibadora carece de libertad en la elección de personal, que necesariamente debe pertenecer a la Sección de Trabajos Portuarios, pero ello no exime de su deber de vigilancia sobre los obreros contratados, deber que comparte con la Junta de Obras del Puerto, propietaria de la grúa y responsable del personal que la maneja, así como con la Organización de Obreros Portuarios, sobre la que incide más directamente la responsabilidad *in eligendo*, aunque sin eliminar la *in vigilando*. Quizá lo más importante de la S. extractada sea la adición que realiza a la doctrina jurisprudencial establecida en SS. de 18 de junio y 5 julio 1979, según la cual no existe relación de dependencia en los contratos de empresa a empresa, en los que cada cual responde con autonomía de los riesgos que cree, salvo que la empresa comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos. Aquí se nos aclara que no existe total independencia y autonomía entre las entidades implicadas, sino una relación material, y legal incluso (Ley de Puertos de 28 enero 1966), que fundamenta la solidaridad. De tener que hacer alguna observación tendría que ser a la lentitud con que se ha llegado a la solución definitiva del caso: ¡Diez años desde la originación del accidente! Lo que produce un desfase en el *quantum* de la indemnización, pues el 1.250.000 pesetas solicitado inicialmente queda reducido por la devaluación.

G. G. C.

34. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente laboral. Compatibilidad de las indemnizaciones laborales con las civiles.*—Según reiterada jurisprudencia las indemnizaciones laborales son plenamente compatible con las que correspondan en el ámbito estrictamente civil.

Sobreseimiento libre del proceso penal por razón de indulto. «Dies a quo» del plazo de prescripción.—Según reiterada jurisprudencia, promovido juicio criminal, la fecha a partir de la cual puede iniciarse la acción civil viene objetivamente determinada, en caso de sobreseimiento libre, desde que éste se produjo con firmeza legal, es decir, desde el día que gane fuerza la re-

solución que ponga término, definitiva o provisionalmente, al procedimiento criminal.

Caducidad y prescripción. Diferencias. Doctrina general.—Si bien en nuestro derecho no existe una norma específica que fije la distinción entre las mencionadas instituciones, que responden a la común razón de la presunción de abandono tanto de los derechos como de las acciones que son su consecuencia, tampoco cabe desconocer que se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio se está ante la presencia de un plazo de caducidad pasado el cual el derecho de que se trata ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor exprese, mientras que la prescripción hace referencia tan sólo a las pretensiones que las partes puedan deducir, y no a los derechos que les afecten, quedando éstos sólo paralizados, y en aplicación de los principios de audiencia y contradicción, imperantes en nuestro ordenamiento procesal civil, se exige que las excepciones obstativas de manifestación facultativa, cual es la prescripción, sean alegadas en los escritos rectores del proceso, como son la demanda, contestación, réplica, dúplica y reconvencción y contestación a la misma, siendo extemporánea su alegación en otro momento del proceso.

La acción del artículo 1.902 está sujeta a prescripción.—No puede acogerse la pretensión de que el plazo de un año señalado en el artículo 1.968-1.º C. c. para enervar las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia del artículo 1.902 es de caducidad y no de prescripción.

Responsabilidad del empresario. Carácter directo.—La responsabilidad impuesta por el artículo 1.903 C. c. al empresario no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en las vigilancias de sus actos, a causa de presunción de culpa «in eligendo» de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la por razón de «in operando» del artículo 1.902 C. c.

Incongruencia.—Aunque la responsabilidad del empresario, conforme al artículo 1.903, es directa, no resulta incongruente la sentencia que condena al autor material como responsable directo y al empresario como responsable subsidiario, no causando perjuicio a este último susceptible de casación el que sea reconocido como responsable principal o subsidiario.

Presunción constitucional de inocencia.—La sentencia impugnada no se basa en apreciaciones responsabilizadoras de índole estrictamente penal, configuradoras de delito o falta de tal índole, sino de aspecto estrictamente civil derivado de culpa extracontractual o aquiliana, y, por otra parte, no desconoce ni niega la presunción de inocencia por cuanto el reconocimiento judicial de responsabilidad es consecuencia de un procedimiento sometido

a las reglas legalmente establecidas al respecto, que no alteran aquel principio, sino que lo respetan en su integridad. (Sentencia de 28 de enero de 1983; no ha lugar.)

El tema de las relaciones entre la caducidad y la prescripción está precisado de una solución legislativa, aunque la reiterada jurisprudencia recaída permite establecer una línea divisoria bastante clara. En realidad el único apoyo para calificar como de caducidad el plazo de un año del artículo 1.968, 1.º, es el meramente extrínseco de su brevedad o cortedad; pero ello, aparte su carácter indiciario (hay autores que sostienen ser de caducidad los plazos de las acciones rescisorias y de anulabilidad de los contratos), nada dice sobre su efectivo funcionamiento procesal, y, en este punto, la Sala Primera ha presupuesto siempre su carácter prescriptorio.

Menos convincente resulta la argumentación empleada en el antepenúltimo considerando para sostener que la sentencia recurrida respeta el artículo 24 de la Constitución en relación con la presunción de inocencia. En primer lugar el propio Tribunal Constitucional ha declarado que dicha presunción se aplica fuera del ámbito penal; en segundo lugar no basta decir que se acata la presunción de inocencia cuando se sigue un procedimiento legalmente establecido, sino que el tema central es el siguiente: Si el artículo 1.903 C. c., como declara esta sentencia, se basa en una presunción de culpa *in vigilando*, ¿no parece la misma contradictoria con el artículo 24 C. E.? Una respuesta afirmativa tendría incalculables consecuencias en la jurisprudencia «progresiva» de la Sala Primera en relación con la responsabilidad civil por daños. Véanse también observaciones a la Sentencia de 20 de diciembre de 1982 en este mismo ANUARIO.

G. G. C.

35. *Responsabilidad civil derivada de falta de imprudencia simple. Muerte en atropello. Agotamiento de la acción civil. Doctrina general.*—Solamente en los casos de extinción de la acción penal por no poder declararse un hecho delictivo (absolución, sobreseimiento, muerte o rebeldía, indulto) queda expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles, según se deduce de la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en Sentencias de 9 de febrero de 1961, 12 de mayo de 1981, 14 de diciembre de 1961 y 20 de marzo de 1975, pues en otro caso quedan definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas de infracción penal, ya que la competencia de los Tribunales penales para conocer de la acción civil derivada de hecho punible, aunque al mismo tiempo sea ilícito civil, excluye sobre todo en supuesto de sentencia condenatoria en la que se resuelve sobre la acción civil, la competencia de los Tribunales de este orden, porque entonces la acción civil ha quedado consumida o agotada (Sentencias de 15 de febrero de 1966, 25 de marzo de 1967), sin que posteriormente pueda pretenderse desplazar el supuesto litigioso dimanante de infracción penal a la normativa civil de los actos ilícitos no penados por la ley. (Sentencia de 10 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

36. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente. Daños morales. Seguro voluntario de responsabilidad civil ilimitada. Falta de prueba de la exclusión del copropietario del automóvil.*—No se ha probado la alegación de la existencia de una cláusula contractual excluidora del copropietario del auto-

móvil, como tercero garantizado por la póliza, pues el impreso aportado no está suscrito por nadie, ni incorporado a la póliza del seguro, y, por otra parte, el contrato de seguro fue suscrito en octubre de 1972, con mucha anterioridad a la Orden del Ministerio de Hacienda del 31 de marzo de 1977, a que responde dicho impreso.

Cuantía de la indemnización.—En el presente caso no ha entrado en juego para fijar la cuantía de la indemnización, la exclusión que, a efectos indemnizatorios, hace del asegurado el artículo 3.º del Texto Refundido de 1968, porque no se trata de la acción ejecutiva nacida del seguro obligatorio, sino de la ordinaria del artículo 1.902 C. c., acciones ambas compatibles, como se deduce del artículo 4.º de aquél, según Sentencias de 1.º y 20 de marzo de 1982. (Sentencia de 20 de octubre de 1982; no ha lugar.)

37. *Culpa extracontractual. Invalidez total y permanente causada por descarga de corriente eléctrica de alta tensión. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.*—No es lícito imponer un proceso inútil a personas totalmente ajenas a la relación de causalidad, como ocurre con la empresa subcontratante de mantenimiento, que no ha tenido parte alguna en la originación del accidente. (Sentencia de 6 de octubre de 1982; No ha lugar.)

38. *Culpa extracontractual. Daños en buque por cajón de hormigón, hundido y no balizado. Irresponsabilidad por no realizar el transporte del cajón.* La empresa D. y C., S. A., a quien originariamente pertenecía el cajón de hormigón, ha de quedar eliminada del campo de los hechos decisivos y determinantes de responsabilidad, tanto por no realizar el transporte propiamente dicho —sólo la extracción del bloque de hormigón de la dársena—, ni intervenir en la operación de depositarlo fuera del puerto, como por no tener deber alguno de dar cuenta a la Comandancia de Marina del balizamiento del lugar de inmersión del bloque.

Consortio de la zona franca. Responsabilidad por omisión.—Si bien la Ley de Puertos de 16 enero 1928 y el Decreto de 4 julio 1947 crearon las Direcciones Facultativas (a cargo de Ingenieros) de los Puertos de las Zonas Francas, direcciones que se integraban en los respectivos Consorcios como Vocales, después el Decreto de 26 julio 1957 las suprimió, ordenando que sus funciones fueran encomendadas a direcciones facultativas de los Puertos comerciales de las respectivas ciudades, si bien formando parte de los Consorcios como Vocales del Estado, y sustituidos en su caso por los Ingenieros Auxiliares de las direcciones facultativas afectos a los servicios del puerto franco; en el presente caso fue el ingeniero auxiliar del Puerto de Cádiz y del de su zona franca, integrado como vocal en el Consorcio, el que dio la orden de traslado del cajón de hormigón, y que fue el Consorcio el que realizó, con el auxilio parcial de la empresa D. y C., S. A., la operación de ese traslado y balizamiento del lugar marítimo donde por accidente se hundió aquel cajón, debiendo añadirse que el Consorcio no sólo atendía a los gastos de conservación del puerto para facilitar su navegabilidad,

sino que abonó también los de señalización —aunque luego resultó insuficiente—, asumiendo la tarea y los gastos de la operación originadora de los daños y perjuicios causados al barco; en definitiva, no se trataba de determinar quien tuviera la jurisdicción sobre el puerto, sino la de establecer la responsabilidad de una acción y omisión concreta—traslado y balizamiento—, y como esto lo efectuó el Consorcio, resulta irrelevante invocar la posible infracción de una norma administrativa (artículo 6.º del Decreto de 26 de julio de 1957).

Concurrencia de culpas.—La Sala de Instancia sienta que fue la conducta del capitán del buque y del práctico del puerto, al conducir el barco por aquel lugar sin guardar la debida cautela, la concausa del daño que aquél sufrió al tocar su casco con el cajón del hormigón hundido en el mar e indebidamente señalado.

Aplicación de oficio.—Los juzgadores de instancia aplicaron, como la jurisprudencia autoriza (Sentencias 14 mayo 1920, 6 febrero 1958, 18 mayo 1963, 5 junio 1968, etc.) la compensación de culpas y su traducción económica, aun sin instancia de parte (Sentencias de 6 febrero 1958, 25 marzo 1980, etc.).

Contradicción en el fallo.—Equivale a incompatibilidad notoria, imposibilidad de coexistencia de términos, posibilidad de dudas racionales y, en su caso, a imposibilidad de ejecución.

El error material no da lugar a casación.—El error material y aritmético es salvable por corrección (artículo 1.266, *in fine*, C. c., por analogía), habiendo declarado la jurisprudencia reiteradamente que no puede ser motivo de un recurso y que puede ser subsanable en ejecución (Sentencias 3 abril 1965, 18 diciembre 1965 y 20 junio 1967). (Sentencia de 18 de octubre de 1982; ha lugar.)

39. *Culpa extracontractual. Daños por excavadora en instalaciones subterráneas de la Compañía Telefónica. Diligencia debida.*—Demostrado que los demandados, antes de iniciar la excavación de la zanja que dio lugar a la avería del cable telefónico, solicitaron del Ayuntamiento de la localidad, por cuya cuenta trabajaban, exhibición de los planos de las conducciones que pudiera haber de los servicios de agua, alcantarillado, electricidad, teléfono y otros, a lo que se les contestó que no existían planos de instalaciones telefónicas en el mismo, acomodaron su actuación a la diligencia exigible a un buen padre de familia, atendidas las circunstancias concurrentes a que se refiere el artículo 1.104 C. c.

Presunciones.—Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala según la cual la infracción del artículo 1.249 C. c. ha de acusarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 LEC, en tanto ha de estar ordenada a la demostración de que no está completamente acreditado el «hecho» de que la presunción

se deduce, mientras que la vulneración del artículo 1.253 C. c. es exigencia de la doctrina legal sea denunciada por el cauce del número 1.º del citado precepto procesal.

Prueba de la negligencia.—No se ha acreditado que los «registros» o «cámaras registros» que podían acusar la existencia de cables telefónicos instalados en el subsuelo de la calle en que se efectuaban las obras, y que existían cuando se hizo el reconocimiento judicial, fueran visibles fácilmente dos años antes cuando se hicieron las obras. (Sentencia de 28 de febrero de 1983; no ha lugar.)

Si se compara la doctrina sentada en esta sentencia con la recaída en la de 20 diciembre 1982 (referente a un supuesto análogo de culpa extracontractual: en esta última daños por incendio; en la aquí extractada daños causados por excavadora en línea telefónica) se observa un desigual tratamiento de la culpa extracontractual, pues en el primer caso la prueba de la diligencia normal del causante del daño le exime de responsabilidad, mientras que al segundo se le aplica la progresiva doctrina jurisprudencial de la responsabilidad cuasi objetiva, no bastando con haber observado una conducta diligente en el cumplimiento de las medidas administrativas. Más aún, si profundizamos en el supuesto de hecho de la Sentencia de 28 febrero 1983, podríamos opinar que la prueba de la diligencia se ha hecho benévolamente. ¿Es suficiente con que el Ayuntamiento diga al causante de los daños que no constan planos en las posibles conducciones de servicios subterráneos para actuar con tranquilidad? ¿No podía haber comprobado con la Guía Telefónica la existencia de teléfonos en la calle de las obras? ¿No podía haber ampliado la información por otros medios? ¿No es notorio el deficiente funcionamiento de los servicios municipales en la mayoría de los pueblos? En último término queda la soberana facultad del T. S. para considerar graves socialmente los daños que se ocasionan por incendio, y de menor entidad los causados por máquinas excavadoras en las conducciones subterráneas; apreciación fáctica que puede no ser compartida.

G. G. C.

40. *Culpa extracontractual. Daños causados por obras del Ayuntamiento en vía pública. Competencia de la jurisdicción civil.*—La competencia es de la jurisdicción ordinaria, porque el resultado dañoso no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino de la realización de obras, llevadas a cabo con omisión de la necesaria diligencia que su ejecución requería, generando unos resultados dañosos en la casa de los recurridos, de índole estrictamente civil y productora de la responsabilidad extracontractual, con base en los artículos 1.902 y 1.903 C. c., a cargo del Ayuntamiento, por la actuación irregular de sus subordinados.

Relación de causalidad.—Existe enlace preciso y directo entre el hecho de rellenar de tierra la parte de vía pública que colinda con la fachada de una casa y no prever que al mojarse la tierra del relleno como consecuencia de lluvias causara humedad y daños en la pared del inmueble que venía a servir de contención a tal relleno, no pudiendo reputarse que las lluvias previsibles signifiquen intervención de causa ajena que impida calificar la actuación del Ayuntamiento como causante del evento dañoso.

Contradicción del fallo.—Es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la contradicción ha de resultar de los términos mismos del fallo entre sí y no entre los hechos aceptados por la sentencia y el fallo. (Sentencia de 9 de marzo de 1983; no ha lugar.)

41. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de circulación. Acción ejecutiva y acción ordinaria. Nulidad del título ejecutivo. Doctrina jurisprudencial sobre la prejudicialidad de la acción ejecutiva.*—La jurisprudencia de esta Sala, aun reconociendo las diferencias que separan ambas acciones, ha proclamado la posibilidad del ejercicio anticipado de la acción ejecutiva, en relación a la declarativa, lo que supone además la virtualidad que se atribuye al ejercicio de aquélla para interrumpir el plazo de prescripción de ésta, con la consecuencia de una posible prejudicialidad de la acción nacida del contrato de seguro obligatorio sobre la ordinaria, y de aquí la necesidad *ad cautelam* para el perjudicado de ejercitar antes la acción especial, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal establecido (Sentencias de 17 diciembre 1979 y 14 octubre 1980), abundando en dicha doctrina la Sentencia de 1.º marzo 1982, que ha establecido una perfecta diferenciación entre ambas clases de acciones.

«*Dies a quo de la acción ordinaria.*».—Ejercitada en su día la acción ejecutiva especial, con resultado negativo, toda vez que el Tribunal de Apelación declaró por sentencia firme la nulidad de los títulos ejecutivos, a partir de tal día se inició el cómputo del plazo de prescripción de la acción ordinaria.

Prescripción extintiva. Interpretación restrictiva. Interés social de asegurar la reparación del daño causado.—La finalidad que orienta la prescripción extintiva que, radicando en la precisión de una seguridad jurídica, y con base en la presunción de abandono que por parte del titular representa la falta de ejercicio de un derecho o acción durante un dilatado período de tiempo, no sólo resulta inaplicable en los supuestos en que se ha operado una actividad judicial o incluso extrajudicial, como reconoce el artículo 1.973 C. c., sino que debe ceder en aquellos casos en los que la Ley, en aras del interés social que prevé la necesidad de garantizar que los daños personales causados como consecuencia de la circulación de vehículos de motor sean puntualmente reparados, arbitra los medios procesales suplementarios en garantía de tal reparación, y cuya utilización en forma alguna puede constituir una traba para el efectivo logro de la pretensión indemnizatoria, razón por la cual el instituto prescriptorio debe ser objeto en tales supuestos de una interpretación restrictiva, como ya declaró la Sentencia de 17 de diciembre de 1979. (Sentencia de 28 de abril de 1983; no ha lugar.)

42. *Responsabilidad civil de los padres por actos realizados por sus hijos menores. Daños oculares por proyectiles lanzados con tiradores de goma. Falta de prueba del autor material del daño. Responsabilidad colectiva del grupo.*—La circunstancia de que no se haya probado cuál de los hijos me-

nores de los recurrentes fue el causante material de la lesión producida, no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que tanto el C. c. como la Ley de Caza contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas, pero pertenecientes a grupos determinados (así, la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, con lo que además se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción.

Solidaridad.—La responsabilidad del grupo en estos casos permite fundamentar la solidaridad de los responsables, personalizando la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, que en el caso concreto son los padres de los menores causantes de los daños, habiendo declarado esta Sala tal solidaridad en los casos en que participando varias personas en la causación de los daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una en el evento dañoso (Sentencias de 20 mayo 1968, 20 febrero 1970, 15 octubre 1976 y 23 octubre 1978, entre otras).

Culpabilidad.—Si bien el requisito de la culpa puede ser revisado en casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 LEC, esta Sala ha de partir de los hechos probados, de los que se deriva inequívocamente en cuanto a los autores materiales de los daños que jugaban en la calle de una manera peligrosa para los propios jugadores y para las personas que pasaran por el lugar, dando lugar con esa negligencia y riesgo que creaban a que el menor lesionado resultara alcanzado por uno de los objetos en el ojo derecho, derivándose así la indudable culpabilidad de los menores repercutible a tenor del artículo 1.903, párrafos 1.º y 2.º, C. c., en sus padres, sin que hayan obtenido la prueba de la diligencia exoneradora que permite el párrafo último de dicho precepto.

Prescripción de la acción. Actuación de los Tribunales Tutelares de Menores.—Según Sentencia de 8 abril 1980, las actuaciones de los Tribunales Tutelares de Menores impiden la iniciación del plazo de prescripción hasta que las mismas concluyan, y la Sentencia de 29 diciembre 1962 declaró que al ser acogido en nuestro ordenamiento en términos claros y categóricos el principio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil (artículo 114 LEC), ello se hace sin distinciones y, por tanto, cualquiera que sea la jurisdicción penal, ordinaria o especial, que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones, su intervención impide y excluye la actuación de lo civil, y ante esa declaración de ley nada podría importar que un Reglamento, de rango inferior a aquélla, dijera lo contrario, ya que no habría de prevalecer la norma reglamentaria sobre la legal; pero además el artículo 63 del Reglamento de los Tribunales Tutelares de Menores no obstaría al ejercicio de la acción, pues se limita a conceder la

utilización de una medida cautelar para poder asegurar en su día la efectividad de la responsabilidad que llegue a declararse, pero no impone al perjudicado la obligación de ejercitar la acción civil que pueda corresponderle desde la apertura del expediente sancionador contra los menores. (Sentencia de 8 de febrero de 1983; no ha lugar.)

4. Derechos reales

43. *Propiedad horizontal. Reuniones de la Junta de Propietarios. Requisitos.*—Para tomar acuerdos que no impliquen modificación del título constitutivo o de los estatutos se requiere el voto de la mayoría del total de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación y sólo bajo nueva convocatoria, distinta de la posible segunda convocatoria que podría hacerse al propio tiempo y con la misma citación que la primera, se da paso a la mayoría formada por los asistentes, siempre que ésta represente más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Cómputo de las mayorías. Requisitos.—La mayoría personal debe computarse conceptuando a los copropietarios de cada espacio (apartamento o local) como un solo y único propietario, al igual que los propietarios de varias fincas constituyen un único elemento personal, y debiendo atenderse, como término de comparación, al total de los propietarios del inmueble. Por su parte la mayoría de las cuotas de participación ha de fijarse en relación con el total del valor del inmueble, incluyendo las cuotas de los ausentes, computando como asistentes sólo los apartamentos representados mediante el oportuno escrito que exige el artículo 14 de la Ley. (Sentencia de 13 de octubre de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Uno de los aspectos en los que la práctica cotidiana de la Propiedad Horizontal ha seguido caminos divergentes respecto de la Ley vigente es el relativo a la convocatoria de las Juntas de Propietarios, tratado en esta sentencia. En efecto, el artículo 16, regla 2.ª, de la Ley de 1960, exige con claridad, para el caso de no poder celebrarse la Junta por falta de asistencia de los propietarios, que «se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos de la primera», de forma que no es admisible el anuncio simultáneo de la reunión en primera y segunda convocatorias. A pesar de todo este proceder es seguido normalmente, lo que hace impugnables los acuerdos que se adopten en la segunda convocatoria así realizada.

Parece obvio señalar que el sistema vigente carece de fundamento bastante y es un tema que debe ser revisado al acometerse la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. No se advierten especiales razones para mantener tal rigidez en las convocatorias, debiendo pesar, por el contrario, la experiencia obtenida en la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas. Parece, pues, conveniente permitir expresamente la convocatoria conjunta de los dos llamamientos, señalando un plazo mínimo que deba mediar entre ambas reuniones (cfr. artículo 53, pág. 3.ª, de la Ley de Sociedades Anónimas).

44. *Propiedad horizontal. Elementos comunes. Jardín.*—El Tribunal Supremo entiende que el acuerdo impugnado pertenece a los que han de adoptarse por unanimidad en cuanto afecta al cambio de utilización y disfrute de un elemento comunitario, el jardín, lo que hace que se encuentre comprendido en el artículo 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal. (Sentencia de 3 de diciembre de 1982.)

HECHOS.—El actor, uno de los copropietarios del inmueble, formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios solicitando la declaración de que un espacio situado en la planta baja del inmueble era un elemento común destinado a jardín y que por tanto no podía ser utilizado para aparcamiento de vehículos.

La demanda fue estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de la Comunidad de Propietarios.

45. *Abuso de derecho.*—Como sancionó la sentencia de esta Sala, de 26 de abril de 1976, el abuso de derecho ha de resultar manifiesto en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. (Sentencia de 22 de abril de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de contrato, los propietarios de una casa en la calle X, cuyos bajos tenían arrendados la causante de la demandada, autorizaron a ésta, que a su vez era propietaria de otra casa en la calle Y, para que abriera en la colindancia de ambas casas una puerta de comunicación entre los bajos respectivos por plazo indefinido, salvo que interesara a los propietarios de la casa de la calle X su cierre, comunicándolo por escrito. Estos solicitaron dicho cierre, a lo que se opuso la otra parte alegando abuso de derecho. El Tribunal Supremo, de acuerdo con el fallo de la Audiencia Territorial, entiende que no ha existido abuso de derecho.

46. *Acción publiciana. Reconocimiento en Derecho español.*—La acción publiciana no está recogida en nuestro ordenamiento positivo, pero su admisión se apoyó en la corriente imperante de atenuar el rigor de la exigencia de la prueba plena del dominio para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, configurándose aquella acción como una de las facetas de la reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa de quien la posea con menos derecho, lo cual significa que la acción está conectada con la reivindicatoria, de la que se presenta como excepción basada en razones de utilidad.

Derechos de uso de camino. Ejercicio ante los Tribunales.—El pleito se refiere a un camino público, que fue utilizado desde tiempo inmemorial por los causantes de los actores, por estos mismos y por todos los que quisieran tener acceso a la playa o a sus fundos, de modo que el Juzgador sólo declaró el derecho a la utilización del camino, que venía siendo impedida, re-

cordando lo ya proclamado por la antigua sentencia de 11 de abril de 1898, de que «los particulares pueden pretender de los Tribunales la declaración de ser un terreno de uso público al efecto de ejercitar en él los derechos civiles que les competen» y estas pretensiones y declaraciones nada tienen que ver con la acción publiciana.

Camino público. Inapropiabilidad.—Si el bien discutido es un camino público, no puede ser susceptible de apropiación y, por tanto, de posesión, siendo este argumento utilizable contra la entidad recurrente, que sin título alguno se apropió del camino impidiendo su utilización por los demás. (Sentencia de 7 de octubre de 1982; no ha lugar.)

ANTECEDENTES.—Las actuaciones que precedieron al presente recurso de casación tuvieron origen en la reclamación formulada en su día contra la entidad que ahora figura como recurrente, por los actuales recurridos, en su condición de propietarios de unas fincas rústicas sitas en la zona denominada del «Llop Mari», del término municipal de Campello (Alicante), que estaban separadas de otra de la sociedad demandada por un camino de tres metros de anchura y trescientos cincuenta y cinco de longitud, que iba desde el ferrocarril Alicante-Denia hasta el mar, existente desde tiempo inmemorial. De este camino se había apoderado en 1975 la referida entidad, en toda su anchura y longitud, construyendo incluso una pared de un metro de altura en el linde del camino opuesto al suyo, con lo que privaba a los actores de acceso directo al mar y a algunos de ellos dejaba sin salida para acceder al exterior.

Los demandantes solicitaron que se declarase la existencia real del camino que usaban los predios colindantes y se ordenara el derribo de la pared, volviendo el terreno y el camino a su anterior situación; pretensión que, con apoyo en el resultado de la prueba practicada, estimaron los dos Juzgadores de instancia, declarando la existencia del camino en cuestión, el derribo de la pared y su uso y utilización no sólo por los titulares de las fincas colindantes, sino por cualquier persona que quisiera, desde el camino de Villajoyosa, lindante con el ferrocarril, hasta el mar.

COMENTARIO.—La cuestión básica objeto de esta Sentencia consiste en determinar la naturaleza y régimen que corresponden al camino cuya utilización pretendían los demandantes. Tal como se plantea el litigio, pues, todo depende de que el terreno utilizado como camino sea de dominio público, en cuyo caso su uso también será público, o de propiedad privada. En el fondo se debate una cuestión de dominio, aunque la demanda sólo se refiera a la utilización, único derecho que podían ejercitar los demandantes sobre el camino, que además carecían de título especial para tal uso.

Con este planteamiento no puede extrañar que la demandada aluda reiteradamente en los procesos seguidos a la «acción publiciana», aunque su postura fuese derrotada en todas las instancias y en el recurso de casación.

Las resoluciones judiciales recaídas en el asunto no dejan dudas sobre la existencia del camino y sobre su condición de público. Se trata, por tanto, de un bien de dominio público (art. 339, núm. 1, del Código civil), destinado al uso público y que, según parece debe tener naturaleza municipal (art. 3 Regl. Bienes Entidades Locales, de 27 de mayo de 1955).

Con estas bases de hecho, parece que el cauce procesal adecuado, según la legislación vigente, para que los particulares logren la restitución de los bienes municipales de dominio público al uso público, cuando hayan sido usurpados, es el marcado por el artículo 371 de la Ley de Régimen Local, texto articulado de 24 de junio de 1955. A su tenor: «1. Si las Corporaciones locales no ejercitaren las acciones procedentes, cualquier vecino que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Corporación interesada. Si ésta no lo acordare en el plazo de dos meses, el vecino podrá ejercitar la acción en nombre y en interés de la Entidad local, siempre que lo autorice el Gobernador Civil, oído el Abogado del Estado.

2. Si prosperase la acción ejercitada, el actor tendrá derecho a ser reembolsado de las costas procesales».

Este precepto resulta completado por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y régimen jurídico de 17 de mayo de 1952, que añade: «se le facilitarán los antecedentes, documentos y elementos de prueba necesarios y que al efecto solicite por escrito dirigido al Presidente de la Corporación» (art. 341).

Los artículos transcritos configuran un supuesto de sustitución procesal, por lo cual el particular ejercita acciones de la Corporación Local y actúa en defensa de un interés colectivo (véase: E. García de Enterría y TR. Fernández, Curso de Derecho Administrativo, II, Civitas, 1981, pág. 608). Por ello, aunque su aplicación convendría en el caso resuelto por la sentencia, existe una diferencia básica con las pretensiones ejercitadas, que no se fundan en la titularidad pública, sino en los derechos particulares al uso de un bien demanial.

El procedimiento regulado por la legislación local tiene como principales defectos su rigidez y lentitud. En efecto, existen un cúmulo de requisitos y trámites a cumplir (vecindad, plenitud de derechos, pasividad de la Corporación, que deben acreditarse; autorización gubernativa) que suponen molestias al particular, sólo compensadas con la posibilidad de utilizar los elementos probatorios de que disponga la Entidad local y con el reembolso de las costas si prospera la acción (véase la crítica de F. Sáinz Moreno en Civitas, Rev. Esp. de Dch. Adm., núm. 5, pág. 260 y sig., con ocasión del comentario a la sentencia de 27 de diciembre de 1974).

La sentencia del Tribunal Supremo reseñada parece abrir un nuevo cauce para la defensa del uso público de los bienes de dominio público, al admi-

tir el ejercicio jurisdiccional del derecho de los particulares al llamado uso común, es decir el que «corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados» (art. 59 regl. de Bienes). Este proceder, superador de los formalismos que tradicionalmente han venido privando a los bienes demaniales de su debida protección, debe considerarse especialmente acertado a la luz de los preceptos de la vigente Constitución. Por una parte, tienden a dotar de efectividad a los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público (art. 132), que deben informar el régimen de estos bienes; por otra, confiere la tutela judicial efectiva a unos derechos e intereses de particulares que antes carecían de medios adecuados de defensa (art. 24, p. 1).

El criterio del Tribunal Supremo supone, además, rehabilitar una antigua jurisprudencia que, a pesar de su interés, había sido postergada con la introducción del procedimiento administrativo a que se ha hecho referencia, el cual ha revelado su insuficiencia.

P. E. A.

47. *Disposiciones contradictorias del fallo.*—Es manifiesta la clara contradicción e incompatibilidad de los términos del fallo de la sentencia recurrida, oposición no sólo lógica, sino pragmática, es decir, con los efectos en la realidad jurídica en la que los derechos han de ejercitarse y disfrutarse con la nitidez precisa para evitar la discordia, eficacia aquí evidentemente imposible si se mantuviera una declaración exclusiva de propiedad a favor de una parte, no «erga omnes» —como es condición del dominio: artículo 348 del Código civil—, sino sólo en contra de unos causahabientes precisamente de otra parte a la que no se le niega la propiedad sobre la misma cosa, con la consecuencia de reconocer a dos personas su propiedad total y exclusiva, circunstancias que, además, imposibilitarían la ejecución del fallo, que es otra de las notas que reiterada jurisprudencia recoge al tratar de esta materia. (Sentencia de 14 de febrero de 1983; ha lugar.)

48. *Bienes muebles. Independencia respecto del edificio en que se hallan.* Los bienes muebles embargados no son elementos o pertenencias del edificio, aunque estén instalados en partes comunes del mismo, pues corresponden a la industria de hostelería radicada en él como entidad patrimonial diferenciada. Tales bienes no se transmitieron al hacerse las ventas de habitaciones ni se utilizaron por la Comunidad de Propietarios explotando la industria de hostelería, de modo que la existencia de esta Comunidad en nada prejuzga la atribución dominical de los bienes ni efecta al embargo trabando. (Sentencia de 16 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

49. *Posesión de aguas. Competencia de la jurisdicción ordinaria.*—Las cuestiones planteadas por los demandantes frente a la Comunidad de Regantes no son de índole puramente administrativa y, concretamente, de policía de aguas, sino de carácter esencialmente civil, como es el derecho a posesión desde tiempo inmemorial de las aguas para las fincas y con la periodicidad que se expone, siendo, pues, competencia de los órganos de la jurisdicción

ordinaria, en cuanto afecta a cuestiones que emanan de títulos civiles. (Sentencia de 12 de julio de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Se discutía, en el presente caso, el derecho de los demandantes al aprovechamiento de aguas públicas, que disfrutaban desde tiempo inmemorial y había sido perjudicado por una Comunidad de Regantes que ostentaba concesión administrativa para aprovechar las mismas aguas.

La cuestión de fondo parece resuelta directamente por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, pues el aprovechamiento de aguas públicas puede adquirirse por usucapión (20 años, art. 149) y la concesión se entiende siempre otorgada sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos particulares (art. 150). Por eso la casación se centra en el tema procesal de deslindar en esta materia, los ámbitos de actuación de las jurisdicciones ordinaria civil y contencioso-administrativa. La propia Ley de Aguas ofrece criterios para resolver el problema, pues atribuye a los Tribunales civiles las cuestiones relativas al «dominio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión» (art. 254, 1.º). En general, corresponde a estos Tribunales resolver todas las cuestiones que se susciten entre particulares y siempre las que afecten a la calificación pública o privada de las aguas. La jurisdicción contencioso-administrativa sólo será competente cuando una de las partes sea la Administración Pública y el conflicto se suscite respecto de actos sometidos al Derecho Administrativo.

Por ello el criterio plasmado en la sentencia reseñada hubiera resultado más claro si no se mencionase el tema de la posesión de las aguas, que ha dado lugar a discusiones doctrinales y múltiples cuestiones de competencia. Véase el estado de la cuestión en A. Guaita, «Derecho Administrativo (Aguas, Montes, Minas)», Civitas, 182, pág. 108 y sig.

50. *Tercero civil y tercero hipotecario. Distinción de ambas situaciones.*— En el orden puramente civil, terceros respecto de los contratos celebrados son los extraños a la formación de las relaciones jurídicas dimanantes de dichos contratos, pues parte, en el sentido contractual del término, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta el contrato, y, por exclusión, todos aquellos en quienes no concurra esa condición o la de ser heredero de alguno de los sujetos del contrato tienen la consideración de tercero. Sin embargo, dentro del régimen hipotecario sólo se considera tercero, destinatario y razón de ser de la fe pública registral, al adquirente contemplado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo cual, al no convenir a los recurrentes esta condición, carece de sentido invocar tanto el artículo 32 como el 37 párrafo 1.º de la citada Ley. (Sentencia de 15 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia parece defender el criterio de unidad del supuesto de tercero protegido por la legislación hipotecaria, pues exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 34 para la aplicación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. El tema, como es bien sabido, ha sido muy discutido doctrinalmente. Puede verse una exposición reciente del mismo, con defensa de la tesis unitaria, en Peña y Bernaldo de Quirós, M., «Derechos Reales, Derecho Hipotecario», Facultad de Derecho, Madrid, 182, pág. 596 y sig. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1982 parece seguir el criterio dualista, aunque no con claridad.

51. *Anotación preventiva de embargo frente a compra-venta no inscrita de finca.*—Establece el Tribunal Supremo que comprando el piso por la actora libre de cargas e inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, la compraventa es válida al no haberse impugnado su validez, sin constar que la adquirente tuviese conocimiento de alguna carga, por falta de valor constitutivo en nuestro sistema de esta inscripción, a los efectos de transmisión de la propiedad, a lo que obviamente no puede ser obstáculo la anotación preventiva, así resulta del artículo 1.923 del Código civil al que se remite el 44 de la Ley Hipotecaria, donde se dice que «el acreedor que tenga anotación a su favor en caso de mandamiento de embargo, hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor, tendrá la preferencia del artículo 1.923 del Código, y en el núm. 4 de éste se establece la preferencia de los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial de embargo... sobre bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores; siendo constante y reiterada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (especialmente recogida en las Sentencias de 28 de enero de 1903; 2 de marzo de 1910; 21 de febrero de 1912; 5 de julio de 1917; 20 de noviembre y 31 de octubre de 1982; 22 de enero de 1943; 18 de febrero de 1954; 29 de noviembre de 1962 y 14 de diciembre de 1968 entre otras) en el sentido de que la anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada que otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la anotación, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos. (Sentencia de 6 de diciembre de 1982 no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Irene A. L. adquirió un piso por compra a doña Edwina H. W. el 18 de marzo de 1977, compraventa que fue inscrita en el Registro de la propiedad el 6 de octubre de 1977. Entre ambas fechas una entidad había presentado un juicio ejecutivo contra doña Edwina H. W., embargando el piso vendido, anotándose en el Registro el citado embargo el 26 de septiembre de 1977. A instancias del Juzgado ejecutante el 8 de octubre de 1977 se libró la certificación de cargas y el 28 de octubre de 1977 se celebró la subasta del piso, adjudicándose don Francisco S.

Doña Irene A. L. formuló demanda contra doña Edwina H. W. y su marido, contra la entidad ejecutante y contra don Francisco S. como adjudicatario del piso, solicitando se declarase su derecho de propiedad y la nulidad de la subasta. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de don Francisco S.

52. *Derecho de uso en Cataluña. Régimen jurídico.*—El derecho real de uso sobre cosa ajena, participante de la inestabilidad histórica del usufructo, se distinguía del derecho de uso como inherente al dominio por su duración limitada, y participó de los avatares del usufructo, siendo utilizado para resolver ciertas situaciones, especialmente dentro del Derecho de fa-

milia, hasta que en la época codificadora se configura como derecho autónomo, apareciendo así en el C. c. (arts. 523 a 529), rigiéndose supletoriamente por la normativa del usufructo; sin que la Compilación de Cataluña de 1960 le dedique disposición alguna específica, por lo cual el sistema de fuentes atinentes a este derecho real ha de regularse a tenor de la disp. final 2.ª en relación con el artículo 1.º de la Compilación, y, por tanto, en defecto de disposiciones de la Compilación y de la tradición jurídica catalana, se regirá por los preceptos del C. c. que no se opongan a la normativa compilada.

Caracteres.—Se trata de un derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real.

Temporalidad.—La temporalidad del derecho de uso, esencial al mismo igual que al usufructo, viene declarada tanto por el C. c. (art. 529 en relación con el 522 y artículo 515 para el caso de constituirlo a favor de varias personas sucesivamente o de forma conjunta), como por el derecho histórico constitutivo de la tradición jurídica catalana, que en este punto concreto, viene integrada por lo dispuesto en el Digesto y en las Partidas, señalándose como límite temporal máximo el de cien años, aplicable al supuesto debatido al tratarse del uso concedido a un conjunto de personas que, según el título constitutivo, «forman una sociedad», utilizado este concepto, no en el sentido de persona jurídica tal como lo concibe la legislación civil y mercantil, posterior a la creación del derecho en litigio, sino según se concibe en otras legislaciones como conjunto de personas no integrantes de personalidad jurídica independiente por lo que, terminado el uso por el transcurso máximo del tiempo de su duración, se entregará al propietario la cosa dada para ser usada.

Interpretación desorbitada del título constitutivo. Inexistencia de donación.—Al no haberse atendido la sentencia recurrida al sentido literal del contrato de 8 de junio de 1868, de términos claros e inequívocos, que revelan la constitución de un derecho de uso, detalladamente regulado en su alcance real y personal, sin circunstancia alguna objetiva que haya permitido deducir fundadamente a los Tribunales de instancia que el contrato disimulaba una donación de inmuebles, que en forma alguna cumplió con los requisitos formales que la legislación a la sazón vigente exigía para la validez de tal donación, ni es ésta deducible de unas circunstancias sociales confusas no expresamente referidas al supuesto concreto debatido, y menos cuando la normativa actualmente aplicable lo ha de ser según la realidad social de nuestro tiempo, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas a interpretar a tenor del artículo 3.1. C. c., de las que deriva la temporalidad del derecho de uso, procediendo estimar el recurso ante la

exégesis desorbitada y arbitraria, en pugna con la lógica y el buen sentido de los textos a interpretar. (Sentencia de 4 de febrero de 1983 ha lugar.)

NOTA.—Con razón la S. extractada alude al carácter « esporádico y asistemático » del derecho de uso, una de las figuras de derechos reales de goce más necesitadas de profundización científica y de actualización legislativa. En pura técnica legislativa la resolución del T. S. resulta impecable. Un derecho de uso establecido en 1864 en Cataluña debe considerarse extinguido al cabo de los cien años por invocación de la tradición jurídica catalana (que no por estricta aplicación de la normativa del C. c.: cfr. art. 515). En tal sentido resulta redundante la invocación de la realidad social como criterio interpretativo. Más bien parece insatisfactoria la mera interpretación literal del título constitutivo, a saber la escritura pública de 8 de junio 1868, por la que su propietario cede en uso un determinado inmueble, sin limitación de tiempo y bajo determinadas condiciones, a un grupo de personas constituidas en « Sociedad de Señoras reunidas para la enseñanza de niñas », y a las que en tal cometido las sucedieran, siendo en la actualidad titulares del derecho las Religiosas Clarisas de la Divina Providencia. Si nos atenemos a la definición del artículo 524 párr. 1.º: « El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta aumente », el derecho creado en aquel título encaja difícilmente en esta definición, acomodándose más bien a la del derecho de habitación. Si atendemos a la presunta intención del constituyente, más bien tendríamos que fijarnos en la figura de la fundación o en la de carga real sobre un inmueble para el cumplimiento de fines duraderos, que normalmente superan la vida individual. Quizá, de haber ahondado en las « circunstancias sociales » del tiempo de constitución del derecho litigioso — susceptibles de ser tomadas en consideración como elemento interpretativo del contrato, a tenor del artículo 1.282—, hubiera parecido más verosímil la hipótesis de la simulación del negocio constitutivo. En todo caso, la presente Sentencia puede servir de punto de partida para nuevos estudios doctrinales sobre el derecho de uso.

G. G. C.

5. Derecho de familia

53. *Competencia. Juicio de divorcio. Ultimo domicilio conyugal fijado por el marido según legislación derogada. Disp. Adicional 3.ª Ley 1981. Domicilio de la mujer y de las hijas del matrimonio.*—No puede tomarse en cuenta como último domicilio conyugal el fijado por el marido, además de ser el de su residencia oficial, de acuerdo con el derogado artículo 58 C. c., que establecía para el marido un trato de favor opuesto al principio constitucional de la igualdad entre ambos sexos, debiendo decidirse la competencia a favor del lugar en donde la mujer y las dos hijas menores del matrimonio han alcanzado vecindad administrativa, pues la opción a que alude la disp. transitoria 3.ª de la Ley de 7 de julio 1981 no puede ejercerse cuando uno de los términos de la misma no consta. (Sentencia de 7 de diciembre de 1982 resolviendo competencia.)

La Sentencia 15 febrero 1983, en recurso sobre el fondo, también se niega aplicación como derecho transitorio al derogar artículo 58 C. c. por su radical oposición al principio constitucional de igualdad conyugal.

54. *Matrimonio canónico. Separación por culpa del marido. Hechos ocurridos bajo la legislación derogada. Continuidad interpretativa. Malos tratos.* Como precisó la sentencia de 11 octubre 1982, la justa causa de separación recogida en el artículo 105-2.º C. c. en su redacción derogada, se corresponde esencialmente con la conducta injuriosa y vejatoria del texto actual (artículo 82, causa 1.ª), y se inserta en la noción tradicional de las sevicias utilizada en el canon 1131 del *Codex Iuris Canonici*, y ello determina como básico presupuesto la necesidad de que la violación de los deberes recíprocos de los esposos habrá de ser grave o reiterada e intolerable la convivencia, circunstancias sin las cuales no es posible imponer la separación por culpa; bien entendido que si la jurisprudencia anterior había declarado que no basta alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial, o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro (Sentencia de 5 marzo 1957), sin que tenga entidad un simple acto de maltrato de obra no reiterado (S. de 28 febrero 1963), y tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal (S. 30 diciembre 1975), no cabe desconocer que la vigente normativa, aun sin poner su acento en la intencionalidad del cónyuge infractor, sino en el resultado injurioso o vejatorio del comportamiento para la dignidad del consorte, requiere la nota de gravedad o si se trata de un ilícito leve, la de reiteración.

Interpretación de las causas de separación. «Favor matrimonii».—Sin perjuicio de la interpretación flexible y no rígida de los supuestos legales en la vigente normativa, no puede olvidarse la subsistencia del principio del *favor matrimonii* y que el deber de convivencia sigue siendo de orden público, todo lo cual impone la inexcusable concurrencia de causa legal, en que uno de los esposos está incurso, para que el otro pueda instar la separación poniendo fin a la vida común, a no ser que la cesación se opere por acuerdo mutuo disenso.

Carga de la prueba. Presunción constitucional de inocencia aplicable al ámbito familiar. Comportamiento censurable de la esposa demandante.—Tratándose de causa basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, la carga de la prueba incumbe a quien postula la separación, ya que así lo imponen las reglas generales sobre la distribución del *onus probandi* y la necesidad de enervar la presunción de inocencia acorde al principio proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, aplicable con mayor motivo en las relaciones familiares según entiende la doctrina, ya que ese derecho no opera solamente en el ámbito procesal penal, como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1.º de abril de 1982 en el presente caso no se ha probado la conducta injuriosa o vejatoria reprochable en el marido, sino que su ocasional actitud irritada la explica el Tribunal de Instancia por el censurable comportamiento de la recurrente, quien sin ambages admite la certeza de unas hojas manuscritas en las que vierten inequívocas expresiones amorosas dirigidas por ella a tercero cuya identidad no consta.

Abandono del hogar.—Aun aceptando un concepto amplio del alejamiento del domicilio conyugal, cuando se realiza sin ruptura de la cohabitación precisa para el cumplimiento de los fines del matrimonio, siempre será circunstancia indispensable para la operatividad de esta causa que exista inobservancia de los deberes esenciales de asistencia inherentes a la patria potestad y al matrimonio, como ya apuntó la S. de 18 noviembre 1974, lo que no ocurre en este caso en que sólo se prueba que el marido frecuente determinado casino de juego, ocasionalmente acompañado de su esposa, de donde no puede deducirse el grave incumplimiento de las obligaciones conyugales y paternofiliales. (Sentencia de 10 de febrero de 1983 no ha lugar.)

Varias declaraciones de esta sentencia merecen destacarse:

1. Continuidad interpretativa de las causas culposas de separación en la nueva normativa instaurada por la Ley de 1981. Ello supone que la jurisprudencia recaída anteriormente puede seguir invocándose en este tipo de causas, así como la paralela jurisprudencia canónica. Todo ello sin extrapolarlo al campo de la separación objetiva o consensual.

2. Mantenimiento del principio del *favor matrimonio*, que ahora podría tener apoyo constitucional en el artículo 39.1 de nuestra Ley fundamental al aludir a la *protección jurídica de la familia*. Declaración jurisprudencial que reviste gran interés por cuanto que la reforma parece haber desdibujado tal principio.

3. La presunción constitucional de inocencia es aplicable al Derecho de familia según la citada S. del Trib. Constitucional. Se trata de una afirmación que limitada al campo probatorio puede tener hondas repercusiones en el Derecho civil (por ej., su compatibilidad con las presunciones de culpa en materia de responsabilidad civil y aun con la tendencia a la objetivización en materia de causas de separación, divorcio, etc.).

G. G. C.

55. *Matrimonio canónico. Separación ante tribunales civiles. Aplicación de la Ley Civil.*—La competencia exclusiva de los jueces civiles en los procesos de separación, aun tratándose de matrimonios canónicos, según disponen el Real Decreto-Ley de 29 diciembre 1979 y la Ley de 26 diciembre 1980, no significa que los organismos jurisdiccionales tengan que acudir para resolver la controversia a la utilización de preceptos ajenos al ordenamiento estatal, pues ello comportaría la vulneración del superior principio de indiscriminación jurídica por razones de índole religiosa y el de igualdad ante la ley (arts. 14, 16 y 53 de la Constitución), y pugnaría con el de aconfesionalidad del Estado la remisión a una normativa dimanante de la Iglesia Católica para decidir en asuntos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria (art. 16.3 de la Ley Fundamental), lo que obviamente tampoco impide que el Juez o la Sala refuercen la tesis basada en el articulado del C. c. acudiendo a la paralela legislación canónica, coincidentes en esencia al disciplinar el tema de que se trata.

Causa de separación. Sevicias. Injuria grave.—Demostrada la violenta y reiterada expulsión de la esposa del domicilio familiar, negándose el marido a la prestación de ayuda económica tanto a ella como a las hijas del matrimonio, ello constituye una injuria grave, que es justa causa de separación recogida en el artículo 105-2.º C. c. en su versión derogada, y que se corresponde con la conducta injuriosa y vejatoria del vigente artículo 82 causa 1.ª, y se inserta en el concepto tradicional de *sevicias* utilizado en el canon 1131 del *Codex Iuris Canonici*, supuestos determinantes de crueldad en el trato, tanto en el orden físico como moral, por lo que es llano que aun de aplicar la norma canónica la solución no variaría.

Alimentos actualizados según índice de precios. Deuda de valor.—Si bien el derecho a los alimentos no presenta naturaleza patrimonial, sí lo tiene su contenido, y cuando se incumple se transforma en obligación pecuniaria en sentido técnico (art. 151 párr. 2.º), lo que le hace susceptible de las medidas de actualización, habiendo declarado la Sentencia de 9 octubre 1981 que la prestación de alimentos tiene las notas propias de una deuda de valor que, como tal, autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero, orientación a la que parece responder el artículo 148 párr. último según la reforma de 1981 y desde luego inspira claramente otros preceptos reguladores de situaciones de derecho matrimonial (arts. 93, 97 *in fine*, 100 y 103, norma 3.ª, reformados en 1981).

Costas en segunda instancia. Temeridad del demandado.—Según reiterada doctrina jurisprudencial la apreciación de la existencia, o no, de temeridad en los litigantes no está sometida a preceptos específicos o de doctrina legal —salvo las excepciones legales— no siendo susceptibles de casación, máxime cuando queda incólume el estado de hecho en que la Sala basó su apreciación. (Sentencia de 11 de octubre de 1982 no ha lugar.)

La declaración jurisprudencial sobre aplicación por los tribunales civiles del derecho estatal a las causas de separación de los matrimonios canónicos, se aplica a una hipótesis anterior a la entrada en vigor de la Ley de 7 julio 1981, pero sigue siendo válida con posterioridad a esa fecha. En realidad era «cuestión nueva» por lo que la doctrina se establece a mayor abundamiento. El tema no parece acertadamente planteado dada la continuidad, en general, de las causas de separación que se observa entre la legislación canónica y la civil. Mayor discrepancia puede haber a la hora de aplicar la legislación civil sobre causas de nulidad a los matrimonios canónicos, posibilidad abierta por la reforma de 1981. ¿Se violará también el principio de indiscriminación por razones religiosas cuando los Tribunales civiles reconocen efectos a una dispensa *super ratum* a tenor del nuevo artículo 80 C. c. y normas complementarias?

G. G. C.

56. *Efectos civiles de resoluciones matrimoniales canónicas. Derecho derogado. Doctrina general.*—Según declaró la Sentencia de 5 diciembre 1981,

reiterando la doctrina mantenida en Sentencia de 3 junio 1966, el trámite previsto en el derogado artículo 82 C. c. constituye un procedimiento especialísimo y de específica naturaleza, pues los organismos jurisdiccionales del Estado no se limitan a prestar un mero auxilio judicial ejecutando en sentido estricto las resoluciones de la jurisdicción canónica, sino que en virtud de lo ordenado por el legislador determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la nulidad, o de la separación, resolviendo con jurisdicción propia los diversos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrán de servirse de las disposiciones del ordenamiento jurídico estatal, actuando con independencia de criterio y en proceso dotado de sustantividad respecto de la resolución anterior dictada por otros órganos.

Improcedencia del recurso de casación del artículo 1.695 L. E. C.—No cabe en esta materia acudir al recurso singular y extraordinario para los casos de ejecución de sentencia a que se refiere el artículo 1.695 L. E. C. en cuanto que las notas especiales del procedimiento no se compadecen con las dos hipótesis taxativamente previstas en el mismo.

Sentencia canónica de nulidad. Atribución de la custodia del hijo a la madre. Directrices a que responde el Derecho vigente en la materia.—No obstante, la inadecuación del cauce procesal utilizado, dada la trascendencia de la materia, es oportuno hacer las siguientes puntualizaciones: 1.º El auto recurrido no priva al padre de la patria potestad, sino que atribuye su ejercicio a la madre atendiendo a las circunstancias de la repulsión entre los progenitores y la edad del hijo, medida indudablemente autorizada en el derecho vigente por los artículos 92, párrafo 4.º, y 156, *in fine*, del C. c., como también lo era por el derogado artículo 70, último párrafo, según la redacción introducida por la Ley de 24 abril 1958. 2.º El ámbito de conocimiento y decisión del Juez Civil para dar efectividad a las resoluciones pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos, si bien no alcanza a revisar el primordial efecto desvinculatorio de la resolución canónica sobre la nulidad o la disolución del matrimonio rato y no consumado, si reviste plenitud de facultades por lo que atañe a los aspectos de carácter secundario, que van desde las prohibiciones circunstanciadas para contraer ulteriores nupcias, hasta las determinaciones sobre el ejercicio de las relaciones paternofiliales, pasando por las declaraciones sobre la mala fe de alguno de los contrayentes como causante de la invalidez del pacto conyugal; temas todos ellos que la jurisdicción civil puede avocar en su integridad y con total autonomía, dilucidando con su comprobación si se ajustan los pronunciamientos del Tribunal Eclesiástico al Derecho del Estado, y en qué medida, como así lo imponen el vigente artículo 80 C. c. y la disp. adic. 2.ª, párrafo 2, de la Ley de 7 julio 1981, y también el antecedente de esas normas que se contiene en el artículo 6.º, apartado 2, del Acuerdo de 3 enero 1979 entre el Estado español y la Santa Sede; solución que es asimismo la obligada con arreglo a los principios de aconfesionalidad y de exclusividad jurisdiccional inspiradores de la Constitución de 1979, según Sentencia de

26 enero 1981 del Tribunal Constitucional. 3.º Informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en los casos de nulidad, separación y divorcio, en el criterio fundamental del *favor filii*, los acuerdos sobre su cuidado y educación habrán de ser tomados siempre en beneficio del menor, al que el Juez debe oír si tuviera suficiente juicio y preceptivamente si alcanzó los doce años, recabando si lo entendiera preciso el dictamen de especialistas, que de ordinario serán médicos y psicólogos. 4.º En atención a lo cambiante de las circunstancias, las decisiones tomadas carecen de la condición de definitivas, por lo que si de una parte autorizan la petición de cualquiera de los interesados para que el Juez las modifique en atención a los supremos intereses del sometido a la patria potestad, de otra sustraen a la casación el análisis de todo lo referente a su procedencia y vicisitudes. (Sentencia de 31 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

Aunque el supuesto de hecho corresponde a la normativa derogada, la sentencia aquí extractada, no obstante desestimar el recurso de casación interpuesto, aprovecha la ocasión de exponer con amplitud las directivas a que responde la ejecución civil de las sentencias y resoluciones canónicas sobre nulidad matrimonial y dispensa *super ratum*. Quizá lo más destacado sea la interpretación que hace el T. S. (Pte. Excmo. Sr. D. Jaime Castro García) sobre el inciso «si se declaran ajustados al derecho del estado», que figura en el vigente artículo 80 C. c. en obligado acatamiento a lo concordado con la Santa Sede en 1979. A diferencia de la mayoría de la doctrina científica, la sentencia apunta a los aspectos de carácter secundario (ejercicio de las relaciones paternofiliales, prohibición de contraer nuevas nupcias, buena o mala fe de los cónyuges, etc.) respecto de los cuales debe darse ese ajuste o consonancia con el ordenamiento español, y no con los problemas de fondo (nulidad o disolución matrimonial) afrontados en la resolución canónica cuyos efectos civiles se solicitan. Hay que reconocer que esta interpretación del atormentado inciso del artículo 80 elimina gran parte de la problemática suscitada últimamente y permite ejecutar normalmente las dispensas *super ratum*.

G. G. C.

57. *Separación de hecho. Normativa aplicable.*—Al no tener específica regulación en la totalidad de sus consecuencias, ha de ser resuelta según los principios generales informadores en nuestro derecho de la institución matrimonial, teniendo en cuenta la prevalente normativa sancionada en los artículos 9, 14 y 32 de la vigente Constitución, según la cual los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella y al resto del ordenamiento jurídico, garantizando el principio de legalidad y la jerarquía normativa, así como la igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, habiendo de regularse por Ley los derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio; lo que es significativo, en primer lugar, de que siendo norma fundamental dicha Constitución, ha de ser la base primaria, en el orden jerárquico de las fuentes del derecho, de toda decisión en el ámbito jurídico y a la que por consecuencia en el campo matrimonial debe someterse cualquier decisión judicial; por otra parte de precisa adaptación a las leyes que desarrollen aquella orientación constitucional.

Fijación del domicilio conyugal. Aplicación retroactiva del nuevo artículo 70 C. c. Disposición transitoria primera C. c. Realidad social del tiempo de aplicación de las normas.—Aunque a los hechos base de la demanda son de aplicación, los anteriores artículos 56 y 58 C. c., tales preceptos hay que entenderlos interpretados conforme a la realidad social actual proclamada por los vigentes artículos 68 y 70 C. c., según la redacción dada por la Ley de 7 julio 1981, que establecen derechos reconocidos por primera vez en dicho código, a los que resulta aplicable la disposición transitoria 1.ª del mismo cuerpo legal; en consecuencia, no puede reconocerse la pretensión del demandante de que su esposa tiene el deber de vivir junto a su marido en el domicilio conyugal designado por éste.

Convivencia con el padre de una hija menor de edad.—Según el nuevo artículo 156 C. c., redactado por la Ley de 13 mayo 1981, el ejercicio de la patria potestad no se concede prioritariamente al padre, sino conjuntamente a ambos progenitores, o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro, y en caso de desacuerdo confiriéndola el Juez a uno u otro; en consecuencia, no puede accederse a la petición unilateral del padre de que la hija de doce años vaya a vivir en su compañía.

Negativa del marido a prestar alimentos a la mujer separada de hecho.—Mientras el Juez competente no decida cuál debe ser el domicilio conyugal y, una vez determinado, la mujer se niegue a incorporarse a él, el marido no puede eximirse de su deber de prestar alimentos a la misma.

Derecho de visita.—Denegado el pedimento relativo a tener la hija en su compañía, debe mantenerse el pronunciamiento que reconoce el derecho del demandante de visitar y comunicar con la misma en la forma que se determine en fase de ejecución de sentencia, aun no habiendo sido expresamente instado, como consecuencia de la prohibición de la *reformatio in peius*, al tratarse de declaración favorable al actor consentida por la demandada, y ser un aspecto limitativo de la pretensión más amplia de tenerla en su compañía, por lo que no se incurre en incongruencia. (Sentencia de 15 de febrero de 1983; ha lugar.)

Parece claro que la separación de hecho, aludida en varias ocasiones en la nueva normativa matrimonial, está necesitada de un nuevo enfoque en atención a la causa generadora de la misma. Un caso singular es el de los cónyuges que no conviven, porque no se han puesto de acuerdo en la fijación del domicilio conyugal. En el caso aquí contemplado, el matrimonio, con una hija, había vivido en casa de los padres de la mujer, hasta que, a raíz de un altercado, el marido se ausentó y estableció un nuevo domicilio familiar, en el que se pretende se declare la obligación de convivir su mujer con él, así como la de una hija de doce años. Dado que los hechos ocurrieron antes de entrar en vigor, la reforma matrimonial, la sentencia llega al resultado de una aplicación retroactiva del nuevo artículo 70 C. c., a través de una vía discutible, a saber, considerar que forma parte de la realidad social la nueva regla sobre determinación del domicilio común.

58. *Litis expensas. Régimen anterior a la Ley de 1981. Ambito.*—Es doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en Sentencias de 8 octubre 1953 y 21 abril 1956, que el marido debe abonar *litis expensas* a su mujer, cuando proceda, aunque el matrimonio no esté contraído bajo el régimen de gananciales y hasta en regiones de Derecho foral.

Litis expensas para ejecución de sentencia.—La ejecución de sentencia no inicia un nuevo proceso, sino una nueva etapa de la actividad jurisdiccional, dentro del mismo proceso, dirigida a la efectividad de la declaración de voluntad contenida en la resolución judicial, por lo que es indudable que el derecho a obtener *litis expensas* reconocido en el artículo 68, 6.º C. c. «durante la sustanciación del proceso», comprende no sólo la parte cognoscitiva del juicio, sino también la fase de ejecución de la separación matrimonial decretada, y dentro de ella la separación de los bienes de la sociedad conyugal, como dispone el auto del Juzgado acordando la ejecución de la sentencia eclesiástica de separación solución que viene asimismo impuesta para evitar una verdadera denegación de justicia en casos como el presente, en que los muy importantes bienes conyugales, sin prejuzgar si son o no gananciales, permanecen en poder del marido, quien tiene planteado el juicio de mayor cuantía con la pretensión de que se declare que son de su propiedad exclusiva, y sin que sean de temer abusos en esta materia, dado que el derecho a *litis expensas* está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, que deben apreciar, para concederlas o denegarlas, la necesidad, naturaleza y extensión del gasto. (Sentencia de 8 de febrero de 1983; no ha lugar.)

Aunque la sentencia extractada se refiere a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la reforma del C. c., sienta una doctrina perfectamente aplicable al derecho vigente, pues el artículo 1.318 párrafo 3.º, C. c., ha venido a normativizar la reiterada doctrina jurisprudencial en la materia, recogida parcialmente en anteriores reformas y ahora, con acierto, llevada al régimen matrimonial primario aplicable a todo matrimonio, cualquiera que sea el sistema matrimonial que hayan adoptado.

G. G. C.

59. *Reconocimiento de hijo natural según legislación derogada. Vinculación a hechos declarados probados en sentencia penal absolutoria. Ausencia de engaño en el estupro.*—En aquellos supuestos en que se declara probado en vía penal que el inculpado tuvo acceso con la ofendida, con fruto de filiación, pero sin emplear engaño para lograrlo, por lo que se excluye el delito de estupro, es evidente que queda establecida una filiación en la sentencia penal que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, la cual ha de basarse en la existencia del hecho, háyase o no castigado, según las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado tendentes al reconocimiento de que deba sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; no ha lugar.)

En la legislación derogada —la que se aplica al supuesto aquí contemplado, ocurrido en 1977— las diferencias de la normativa civil eran suplidas no pocas veces por una benévola jurisprudencia penal en materia de estupro. Un caso-límite se daba cuando probadas las relaciones sexuales faltaba el requisito del engaño consistente en la promesa de matrimonio para obtener aquéllas. Esta atípica vinculación del Juez Civil a los hechos declarados probados en sentencia penal absolutoria va a desaparecer de hecho en esta materia con la nueva legislación que ha restringido el ámbito de aquel delito, al par que permite la libre investigación de la paternidad, lo que agilizará los procesos.

G. G. C.

60. *Responsabilidad civil derivada de delito. Cuándo queda expedita la vía civil. Doctrina general.*—Queda expedita la vía civil cuando el Tribunal de lo criminal pone término a la causa por sentencia o por auto de sobreseimiento (Sentencia de 19 febrero 1902), o en caso de rebeldía del procesado (Sentencia 22 enero 1919), o en el supuesto de muerte del autor del hecho, en que cesa la responsabilidad penal (Sentencia 12 abril 1906), o cuando el Tribunal de lo criminal condena al autor de los hechos reservando la acción contra el responsable subsidiario (Sentencia 17 diciembre 1914); doctrina que se confirma modernamente en los supuestos de indulto anticipado con declaración de sobreseimiento, en la jurisprudencia de la Sala 2.ª de este Tribunal Supremo, así en Sentencia de 2 mayo 1977, haciendo reserva de las acciones civiles en favor del perjudicado, para su ejercicio ante la jurisdicción ordinaria, y en Sentencias de 30 enero 1974, 27 mayo 1975, 30 mayo 1977 y 6 marzo 1978, permitiendo su mantenimiento por la vía penal después de sobreseído el asunto criminal.

Indemnización civil en caso de estupro. Aplicación de la doctrina general al supuesto de indulto.—El indulto no comprende, ni puede comprender, la sanción reparadora en favor del ofendido, porque su contenido no afecta a la indemnización civil patrimonial para resarcir los daños y perjuicios originados por el delito que, en caso de estupro, tiende directamente a conceder derechos familiares de peculiar naturaleza, que se acercan más a los públicos que a los privados, al implicar el reconocimiento judicial de una relación ascendente-descendente y el deber de alimentar, tutelar y educar al hijo, así como conceder a la mujer una posición que auxilie la orfandad moral y ética que ha de sufrir a causa de la ofensa deshonestada inferida, medidas irrenunciables en su casi totalidad, exigibles y sometidas a la salvaguarda de los Tribunales como auténticas sanciones de carácter civil.

Derecho transitorio. Auxilios indispensables para la subsistencia.—En atención al estado de casado del demandado, que impide el reconocimiento de la prole conforme al artículo 444, 2.º, del Código penal, se condena a este último a pagar los auxilios necesarios para la subsistencia de la niña nacida de las relaciones sexuales.

Prohibición de investigar la paternidad según el Derecho derogado.—Lo que prohibía el artículo 141 en relación con el artículo 140 de la regulación

derogada del C. c. era la admisión de demandas cuyo objeto fuese la investigación de la paternidad, mientras que en el presente caso, con base en los hechos resultantes de las actuaciones sumariales, tal y como fueron recogidos en el auto de sobreseimiento, se reclaman por la vía ordinaria las indemnizaciones económicas consiguientes a lo dispuesto en el artículo 444 Código penal, para lo cual a la perjudicada se le habían reservado las pertinentes acciones civiles, no sólo en el auto de sobreseimiento, sino en sentencia firme del T. S.

Prueba de análisis de sangre y espermatograma. Actos propios.—Propuesta por el demandado la prueba de análisis de sangre para determinar los grupos sanguíneos y el espermatograma para discernir sobre su alegada esterilidad en el momento de la concepción, pese a ser casado y con hijos, no puede ir contra sus actos propios alegando la prohibición de investigar la paternidad en el derecho derogado, por el mero hecho de haberle sido aquella desfavorable, poniendo de relieve una conducta poco ética.

Aplicación anticipada de principios constitucionales. Interpretación según la realidad social.—Al dictarse la Sentencia recurrida el 20 de diciembre 1978 no había entrado en vigor la Constitución, pero los Tribunales podían ya aplicar sus principios rectores, conocidos ya por haber sido aprobada por las Cortes el 31 de octubre, y mediante referéndum el 6 de diciembre del mismo año, como integrantes de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas según preceptúa el artículo 3.1. C. c. (Sentencia de 15 de marzo de 1983 no ha lugar.)

Proceso sorprendente por sus curiosas vicisitudes y posturas procesales mantenidas por las partes. El punto de partida es un sumario por estupro agravado (cometido por patrono con menor de quince años), de cuyas relaciones sexuales nace una niña el 1.º de diciembre de 1975. Después de la calificación fiscal de los hechos como constitutivos de un delito de estupro del artículo 437 Código penal, la Audiencia Provincial en 1976 sobreseyó libremente la causa por aplicación de un indulto; interpuesto recurso de casación ante la Sala 2.ª, es desestimado con reserva de las acciones civiles. Tanto en la 1.ª como en la 2.ª instancia se condena al demandado a abonar en concepto de dote la suma de 250.000 pesetas y en concepto de auxilios indispensables para la subsistencia al pago de 10.000 pesetas mensuales. Resulta chocante que se alegue en el recurso de casación violación de la derogada prohibición de investigar la paternidad si se tiene en cuenta que fue el propio recurrente el que propuso la práctica de pruebas de tipo médico y biológico para excluir la suya. Ciertamente este proceso civil ofrecía características singulares, pues los hechos se habían acreditado fundamentalmente en fase sumarial y sabido es que en el proceso penal no regía tal prohibición. Parece acertada la argumentación de esta sentencia (2.º considerando) de que al haber consentido el procesado la gracia del indulto se desplaza, en el proceso civil, hacia él la carga de la prueba de no haber tenido acceso carnal con la perjudicada, para lo cual la prueba no había de tener cortapisas a menos de producir indefensión. Por lo demás la doctrina de los actos propios resulta de pertinente aplicación. Hábil es también el recurso a la realidad social para explicar la aplicación anticipada de un principio constitucional, el de posibilitar la investigación de la paternidad, por otra parte, mal colocado en la Constitución. El fondo sustancial de

justicia que alentaba en la demanda, y que el T. S. confirma al rechazar el recurso, hace únicamente interrogarse el por qué la perjudicada ha debido esperar ocho años para ser indemnizada.

G. G. C.

61. *Filiación natural. Derecho transitorio. Doble reconocimiento paterno. Validez del primero hecho en testamento abierto. Doctrina general.*—El problema de la patrimonialidad del testamento, con su derivado de si cabe un acto jurídico *mortis causa*, limitado en su contenido al reconocimiento de un hijo, ha sido resuelto por la generalidad de la doctrina, entendiéndose que si en sentido material no constituye verdadero testamento el que se contrae a disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tiene tal condición y resulta eficaz a los fines previstos en el derogado artículo 131 y en el vigente 120, 1.º, sin perjuicio de que proceda la apertura de la sucesión intestada, según así tiene resuelto la Sentencia de 22 diciembre 1964, y por consiguiente valdrá como tal declaración de voluntad postrera por más que no contenga referencia alguna dispositiva sobre los bienes, solución definitiva adoptada por el nuevo artículo 741 C. c.

Innecesariedad de autorización judicial y audiencia del fiscal.—El reconocimiento de un menor hecho en testamento abierto no necesita cumplir tales requisitos.

Derecho de visita al progenitor no conviviente con el padre ejerciente de la guarda.—Acomodado sin duda al Derecho natural, todo lo que signifique propiciar la visita, comunicación y compañía del progenitor con su hijo, sólo descartables por muy poderosas razones y siempre que así la exija el *favor filii*, tales derechos, aspectos de la relevante función que la patria potestad entraña, se daban ya ciertamente en la normativa derogada en favor del padre con relación al hijo extramatrimonial conviviente con la madre en el caso de la filiación natural reconocida, pues si le alcanzan al primero los deberes inherentes a la paternidad y las obligaciones jurídicas que señalaba el artículo 134, también le venía atribuida la patria potestad, una de cuyas manifestaciones es la de tener al hijo en la propia compañía, por lo que será claro que si los padres no unidos entre sí por vínculo conyugal no conviven, aquel de ellos en cuya morada no se encuentre, tendrá derecho innegable a relacionarse con él para mantener los lazos de recíproco afecto, debiendo de fijarse para ello el adecuado régimen de visitas, con determinación de tiempo y circunstancias, ya sea invocando los preceptos de que se hizo mención, ora invocando la aplicación analógica del derogado artículo 68 a lo que cabe añadir en la actualidad el superior principio de igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación (artículo 39 de la C. E.) y la consiguiente equiparación de efectos en la relación paterno-filial (artículo 108, párrafo 2.º, C. c.), así como el artículo 161, párrafo 1.º, que llevan a la indefectible conclusión de que el progenitor extramatrimonial que no conviva con su hijo, sometido a la guarda y custodia del otro, está facultado para mantener relaciones de comunicación y visita

con el menor, prudentemente acomodadas, a las concretas circunstancias de la situación en que éste se encuentre. (Sentencia de 9 de octubre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Fruto de las relaciones amorosas mantenidas entre María Paloma y Germán nació el niño David el 4 enero 1973, siendo reconocido por la madre en acta de nacimiento, y por el padre en testamento abierto de 27 julio 1976, produciéndose la inscripción el 26 de agosto del mismo año. El 29 julio 1977, Rafael reconoce como hijo suyo a David en testamento abierto y el 16 agosto siguiente contrae matrimonio con María Paloma. El primer padre reconocedor solicita se le reconozca el derecho de visita del menor, obteniendo sentencia estimatoria, en lo fundamental, en ambas instancias. El recurso de casación es rechazado en modélica sentencia (Presidente Jaime de Castro).

Comentario.—Aunque se aplica fundamentalmente la legislación derogada como Derecho transitorio, la solución es igualmente aplicable al vigente, aunque debe advertirse que no parece haberse practicado en el pleito prueba biológica de ninguna clase.

1. *Paternidad biológica.*—A la hora de tener por probado «el protagonismo del recurrido en el acto generacional» (primer Cdo.), la sentencia tiene en cuenta la correspondencia entre María Paloma y Germán, con frases de aquélla como las siguientes: «Tu hijo va muy bien... Nuestro hijo... Tienes todos los derechos y deberes con tu hijo...», así como el testimonio de los familiares del padre. Obsérvese que el conflicto se plantea entre una filiación natural y una filiación legítima, siendo el reconocimiento de aquélla cronológicamente el primero, si bien no fue inmediato al nacimiento, sino transcurrido más de tres años de éste. Parece que fue precisamente el otorgamiento del testamento abierto por el padre el motivo del enfriamiento de relaciones con la madre. Acaso haya que estudiar psicológicamente el comportamiento de bastantes madres solteras que tratan por todos los medios de distanciarse del padre, y llegan hasta ocultar el nacimiento a fin desde que no se produzca su reconocimiento por el otro progenitor.

2. *Derecho de visita.*—Resulta impecable el razonamiento utilizado en el cuarto Cdo. para reconocer el derecho de visita al padre reconocedor no convivente. No parece desfasada la invocación del Derecho natural como *última ratio* del *ius communicationis* entre procreantes y procreados, pues tales principios, aunque no con exclusividad, siguen integrando los generales del derecho del artículo 1.4 C. c.

3. *Valor del testamento sin disposiciones patrimoniales.*—La sentencia ha acogido la *communis opinio*. Hay que reconocer que basar principalmente en este argumento la nulidad del reconocimiento de la filiación resulta muy endeble.

Nota bibliográfica.—Sobre el conflicto de filiaciones, el único estudio serio es el de RIVERO HERNÁNDEZ, *Los conflictos de paternidad en Derecho comparado y Derecho español* (Barcelona, 1971), ya superado en su sustrato normativo y que no contempla directamente el supuesto objeto del presente pleito. En cuanto al derecho de visita, aparte de los comentarios a la reforma matrimonial de 1981 y obras generales que la incorporen, puede verse el vol. colectivo *El derecho de visita. Teoría y praxis*, 2.^a ed., Pamplona, 1982. Allí he mantenido también que «el derecho de los padres a tener en su compañía a los hijos, y sustitutoriamente, a visitarlos, está enraizado en la naturaleza de las cosas, en los vínculos de sangre, en el Derecho natural» (GARCÍA CANTERO, *En torno al derecho de visita*, op. cit., p. 248).

62. *Edificación con dinero ganancial en suelo privativo.*—La edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges era problema resuelto por el artículo 1.404, párrafo 2.º, del Código civil, aplicable al caso, en cuya virtud se reputaba ganancial el resultado de la obra, atrayendo lo edificado el terreno, a diferencia del régimen vigente hoy (art. 1.359, párr. 1.º, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981). Aquel criterio es aplicable también cuando se trata de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación.

Interpretación de cláusula testamentaria. Disposición de gananciales.—La adjudicación a un hijo de un caserío hay que entenderla racionalmente referida a los bienes que integraban el caudal del causante, por lo que, en relación con el nuevo edificio, hay que llevar a las operaciones divisorias las obligadas repercusiones de su naturaleza ganancial, sin olvidar que el causante sólo podía disponer de su mitad de gananciales (art. 1.414). (Sentencia de 14 de octubre de 1982 no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

63. *Incapacidad para testar. Locura.*—En esta causa de incapacidad para la testamentifacción están incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privado, a quien se pretende testar, del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad.

Apreciación de la capacidad del testador. Competencia.—La apreciación de la capacidad del testador es cuestión fáctica entregada a la soberana decisión del Tribunal sentenciador, y los informes periciales carecen de la nota de autenticidad para ser opuestos a dicha apreciación.

Artículo 665 del Código civil. Supuestos de aplicación.—Dicho precepto y las garantías que señala convienen a quien ha sido declarado judicialmente

incapaz, de suerte que, en los demás supuestos, basta con que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la lucidez necesaria para testar. (Sentencia de 7 de octubre de 1982 no ha lugar.)

64. Partición hereditaria. Nulidad. Doctrina general.—El C. c. carece casi en absoluto de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias y la jurisprudencia, a partir de las SS. de 25 marzo 1914 y 7 enero 1932, afirmó la necesidad de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, en el sentido de no dar lugar a la invalidez, sino cuando no haya más remedio, para evitar la revuelta de los bienes a la indivisión, y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición; añadiéndose que si la partición tiene naturaleza de contrato, habrá de serle aplicado el Derecho común de los contratos, con la consiguiente distinción entre nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa; para la existencia de nulidad radical se requiere, bien que el acto carezca de alguno de sus requisitos esenciales, el consentimiento, el objeto o la causa, a los que será de añadir la forma si es exigida «ad substantiam», o bien que se haya realizado en contra de lo dispuesto en la ley; para la nulidad relativa regirá lo establecido en los artículos 1.300 al 1.314 del C. c. con el plazo prescriptivo de cuatro años del artículo 1.301.

Prescripción no alegada ni apreciada de oficio.—Los juzgadores de instancia no se apoyaron en la prescripción para rechazar la pretensión actora, pues la sentencia de primer grado declara al respecto que «el Juzgado no puede atender exigencias desbordadas por el paso de los años, sin otro fundamento, y bien que, en todo caso, discutible, que el de la pura técnica hereditaria», y la ahora recurrida habla de las operaciones particionales que adquirieron una fuerza normal, que al cabo de treinta años no pueden ser atacadas y declaradas nulas por cuanto que ello llegaría a producir una inseguridad jurídica, máxime cuando se observaron todos los requisitos legales; pero no estimaron «ex officio» la prescripción, lo que hubiese implicado el rechazo «al limine» de la demanda, sin entrar a conocer del fondo del asunto, puesto que lo hicieron, refutando todas y cada una de las pretendidas causas de nulidad.

Partición con hijos menores. Intervención de defensor judicial. Aprobación judicial.—En los acuerdos entre el cónyuge viudo y el defensor judicial ambos gozan de la libertad de pacto del artículo 1.255 C. c., siempre que respeten sus limitaciones, disponiendo además el artículo 1.060 que no será precisa en tal caso la autorización judicial, pese a lo cual se solicitó y se obtuvo en el presente pleito.

Atribución al cónyuge viudo de participaciones en S. R. L. Antiguo artículo 838 C. c.—Este precepto que corresponde al artículo 839 de la vigente redacción permite expresamente a los herederos satisfacer al cónyuge viudo su parte en usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de deter-

minados bienes o un capital en efectivo, siendo esto último lo efectuado al atribuirle un conjunto de particiones de S. R. L., ajenas al carácter de bienes «in natura», en cuanto índices representativos de la partición de un capital, actuando de común acuerdo con el defensor judicial y además con la aprobación judicial.

Nuevo matrimonio del viudo. Transformación de las participaciones en acciones de S. A. Carácter de los dividendos y de las nuevas acciones adquiridas por derecho de suscripción preferente.—No puede accederse, sin más, a la declaración del carácter privativo de las participaciones o acciones adquiridas por el cónyuge viudo en las sucesivas ampliaciones de capital de la sociedad hoy convertida en anónima, dado que, en cuanto a los «beneficios» es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa, pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales para que fructifiquen, incluíbles en el núm. 3.º del derogado artículo 1.401 C. c.; en cuanto a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones de capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos del capital, y a los efectos de su calificación tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron, según establece la nueva redacción del artículo 1.352 C. c., lo cual deberá acreditarse cumplidamente, y no con simples argumentos dialécticos, estando en otro caso cubiertos por la presunción de ganancialidad, y, consiguientemente, bien porque no se probó de modo directo que son privativos, o bien porque funcionó la presunción de ganancialidad, el valor satisfecho será ganancial, que habrá de reembolsarse a los bienes comunes, pero manteniendo ese carácter con todas sus consecuencias sí, como aquí sucede, no se llegó a hacer efectivo el reembolso.

Carácter de la indemnización percibida por el arrendatario por desalojo voluntario de la vivienda.—La cantidad de tres millones de pesetas percibida por el cónyuge viudo en virtud de contrato locativo anterior a su segundo matrimonio, ni está prevista en la L. A. U., ni supone una consecuencia necesaria del contrato que pueda autorizar la subrogación real, constituyendo una especie de contraprestación onerosa, voluntariamente pactada, por el hecho de acceder el arrendatario al cese de la relación locativa, ajena por completo a los supuestos de los números 3.º y 4.º del artículo 1.396; e incluíble en la ganancialidad del 1.401, ambos en su anterior redacción. (Sentencia de 15 de junio de 1982; no ha lugar.)

Pleito bastante complejo, bien sistematizado en la Sentencia extractada (Pte. Beltrán de Heredia), cuyos hechos básicos tienen por trasfondo económico el gran desarrollo industrial de Vizcaya durante los años 1950-1970 y una situación de binubía por parte del protagonista principal del mismo, don Ignacio, quien en 1939 participa con 20.000 pesetas en una S. R. L. cuyo capital asciende a 50.000 pesetas. No se nos dice en qué momento contrajo

matrimonio, pero sí que en agosto de 1946 fallece su primera esposa, dejándole cinco hijos menores de edad. Para realizar las operaciones particionales se nombra defensor judicial a un hermano de la fallecida, finalizando aquéllas en la adjudicación al viudo de la totalidad de la participación indicada en la S. R. L. como pago de su mitad de gananciales y de la cuota usufructuaria, con la obligación de abonar a cada uno de sus hijos la suma de 31.758 pesetas en pago de lo que les correspondía en la herencia. En 1949 el viudo reitera matrimonio, del que nacerá un hijo. Mientras tanto, la empresa familiar, aparte de convertirse en S. A., realiza varias ampliaciones de capital con lo que la participación de don Ignacio llega a ser de 3.400 acciones en 1977. Poco antes el matrimonio había abandonado la vivienda que ocupaba en Bilbao, cuya titularidad arrendaticia ostentaba el marido antes de su segundo matrimonio, percibiendo la indemnización de tres millones de pesetas. En 1978 fallece don Ignacio bajo testamento, en el que deja el tercio de libre disposición a su segunda esposa, y los dos tercios restantes, por partes iguales, a los seis hijos de ambos matrimonios. Si hasta entonces los hijos del primer matrimonio se habían aquietado con la inicial partición de la herencia de su madre, en 1979 dicen advertir la gran fortuna de su padre y ejercitan tres acciones encaminadas, respectivamente, a obtener la nulidad absoluta de dicha partición, a que se declare el carácter privativo de determinadas participaciones y acciones del padre, y por último que también se declare el carácter privativo de la indemnización percibida con motivo del abandono del derecho arrendaticio. La demanda es rechazada en ambas instancias y el curso de casación igualmente desestimado.

La Sentencia extractada permite hacer diversas consideraciones:

1.ª Con carácter general, se conforma el dato de experiencia que las situaciones de binubia o reiteración de matrimonio, son proclives a suscitar conflictos, principalmente económicos, entre los miembros de ambas familias, que pueden paliarse si el bínubo, antes de volver a casarse, «arregla cuentas» con los hijos del primer matrimonio. Después de la Ley de Divorcio esas situaciones de reiteración de matrimonio conservando derechos hereditarios los hijos de las sucesivas uniones y posibles pensiones por desequilibrio el cónyuge o cónyuges sucesivos, van a incrementarse.

2.ª La necesidad de que las aprobaciones o autorizaciones judiciales en materia patrimonial familiar no sean meramente formularias. Es verdad que al protocolizarse el cuaderno particional en 1947 era difícilmente previsible el devenir económico de la empresa familiar; cabe pensar que el Juez al haber intervenido como defensor judicial un hermano de la madre difunta pudo pensar que no había perjuicio para los menores en la atribución de la totalidad de las participaciones sociales al padre, con asignaciones en metálico a los hijos. No era, sin embargo, difícil imaginar otras fórmulas jurídicas (distribución de la nuda propiedad y del usufructo universal entre los hijos y el padre, por ej.). Todo ello al margen de la innecesariedad de tal requisito.

3.º Sorprende el silencio de los actores en vida de su padre, prolongado por más de treinta años, lo que parece indicar que en ese período las relaciones fueron satisfactorias. Sin embargo —como se cuida de advertir el T. S.— los demandados no hacen valer la excepción de prescripción, aplicable en su caso a la acción por vicios de la partición, por ello las declaraciones recogidas sobre este tema sólo tienen valor *obiter*.

4.º No obstante la singularidad de la solución adoptada en el nuevo artículo 1.352 C. c. en relación con las nuevas acciones, el T. S. da por supuesto la aplicación retroactiva del mismo a hechos ocurridos con bastante anterioridad, lo que no deja de suscitar reservas.

G. G. C.

II. DERECHO MERCANTIL

65. *Valor probatorio de la confesión bajo juramento indecisorio.*—Reiterando una doctrina inveterada, vuelve a establecer el Tribunal Supremo que «la confesión, bajo juramento indecisorio, no [tiene un valor] superior a los restantes medios de prueba».

Nulidad de patente.—El artículo 46 EPI limita la materia susceptible de ser protegida a través de patente de invención a «todo perfeccionamiento que tenga por objeto modificar las condiciones esenciales de un procedimiento». Interpretando este precepto, señala el TS que queda fuera del concepto de patente «cualquier modificación de detalle, aunque suponga alguna ventaja sobre lo ya conocido». Con lo que, en el enfrentamiento entre un modelo de utilidad anterior y una patente de invención posterior, declara la nulidad de esta última, porque «no ha significado sobre el procedimiento descrito [por el modelo] alteración *esencial alguna*, ya que en ambos registros su objeto (...) está constituido por dispositivos disgregadores y limpiadores de fibras (...) con similares sistemas de funcionamiento y resultado final». El hecho de que el dispositivo objeto de la patente contenga un mecanismo de limpieza y de eliminación de impurezas no puede suponer, «por muy amplio criterio valorativo que se utilice», la modificación de condiciones, precisamente esenciales, de un procedimiento ya conocido que exige el artículo 46 EPI para que a un dispositivo mejorador se le otorgue la categoría de patente. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1982; ha lugar.)

66. *Confundibilidad de marcas.*—El artículo 124, I, 2.º EPI, no impone a los jueces «un principio de obligado e insoslayable cumplimiento que haría innecesario acudir a otros en [los casos de conflicto], sino que se limita a señalar ciertos supuestos de semejanza fonética que no impiden puedan tenerse en cuenta otros aspectos para apreciar si existen similitudes o diferencias de pronunciación, gráficas e incluso visuales en las marcas enjuiciadas, libertad estimativa y de valoración que tiene su respaldo tanto en el artículo tres, uno, del Código civil, como en la interpretación que del artículo ciento veinticuatro número uno viene siguiendo el Tribunal Supremo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

67. *Propiedad industrial. Modelos industriales. Diferencias con los modelos de utilidad.*—Unos y otros «modelos» son efectivamente distintos a los efectos del Estatuto de la Propiedad Industrial, por cuanto mientras los de «utilidad» van dirigidos fundamentalmente, y como de su denominación resulta, a mejorar en orden a su función y eficacia los instrumentos, aparatos, etcétera, para los que han sido ideados y a los que se adaptan, los «industriales» son más bien obras o creaciones artísticas que afectan primordialmente al aspecto estético procurando mejorar a la vez que hacer más sugestiva la apariencia del instrumento, aparato, etc., al que se aplica.

Requisitos. Originalidad y novedad.—Ambas clases o categorías de «modelos» tienen en común dos rasgos para su eficacia y validez, a saber, la originalidad, que además de no ser copia o imitación de otro tipo supone una aportación de rasgos que individualizan y definen el modelo, y la novedad que lleva consigo la nota de lo que no es conocido, de aquello que no existía antes; ambos requisitos exigen para su estimación o rechazo un juicio comparativo o referencial, que es precisamente lo que ha realizado el Tribunal *a quo*, quien llega a la conclusión de que los rasgos del modelo objeto del proceso, no son esenciales ni pueden constituir la novedad exigible según el artículo 188 del Estatuto de la Propiedad Industrial; declaración que constituye un juicio de valor impugnabile en casación por la vía del núm. 1.º del artículo 1.692 L. e. c., más dado que esa estimación lleva en sí una facultad u operación de distinguir lo que, a su vez, supone un compulsar con algo, es evidente que tal actividad de comparación implica una cuestión de hecho, sólo atacable por la vía del núm. 7.º del citado artículo, lo que no se ha llevado a cabo por el recurrente.

Nulidad de inscripción. Medios probatorios.—Al Tribunal sentenciador no le viene impuesto por ningún precepto del Estatuto que el juicio sobre la novedad haya de fundarse en documentos, ya que al establecer el núm. 5.º del artículo 270, que en lo no previsto en las reglas procesales que dicho precepto contiene, el procedimiento se ajustará a lo establecido en la L. e. c., queda autorizado el juzgador para hacer uso de cualquier medio probatorio. (Sentencia de 26 de octubre de 1982; no ha lugar.)

68. *Prohibición de concurrencia de administradores de sociedades competidoras.*—El artículo 83 II LSA dispone: «Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora (...) cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de Junta general». El T. S estima, interpretando este precepto, que la mera identidad de las actividades que constituyen el objeto social de dos sociedades por acciones competidoras no es por sí misma razón suficiente para entender incurso en la prohibición del artículo a un administrador que lo es de dos sociedades. Es necesaria —señala el TS— una cuidada ponderación de las circunstancias de cada caso: no basta acudir al criterio de la identidad de las operaciones, «ya que no es insólita la alianza o concentración de sociedades del mismo género, razón por la cual el legislador remite —continúa diciendo el Tribunal— la solución

del problema al órgano soberano de la sociedad que se entiende perjudicada con dicha situación en la que late una oposición de intereses, que es también la pauta seguida en el derecho comparado (art. 2.390 del Código civil italiano y 101 de la ley francesa sobre el particular)». (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—El artículo 75 LSA establece que la «separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General». En virtud del principio bien afirmado en nuestra cultura jurídica según el cual el legislador en principio no es redundante podemos llegar a la conclusión de que el artículo 83, II, no deja al arbitrio de la Junta la revocación o destitución de los administradores que también lo sean de la sociedad competidora, pues este caso —como cualquier otro— ya estaría contenido en el artículo 75. A nuestro juicio, más bien, el artículo 83, II prescribe que, verificada la incompatibilidad, la Junta, lo quiera o no, deberá acordar la destitución, independientemente de que el acuerdo sea beneficioso o no para la sociedad. Evidentemente incumbe a la Junta general determinar o no si existe en el caso concreto incompatibilidad o lo que es lo mismo competencia económica entre las dos sociedades mas como no se trata de una declaración de voluntad, sino de una declaración de ciencia —un negocio de verificación (*accertamento*)— sus decisiones son plenamente revisables por la justicia. La razón de fondo de esta interpretación radica en este hecho muy sencillo: el interés tutelado por la norma del artículo 83, II, no es el interés social *qua* interés privado, sino el interés público. Este interés público aquí protegido tiene múltiples dimensiones ahora, sin embargo, nos interesa subrayar una muy concreta: la relativa al orden público económico. Un principio fundamental de nuestro sistema jurídico es el principio competitivo o de protección del sistema de mercado (cfr. art. 38 Const. y LRPRC de 1963). A la luz de este principio se impone una interpretación «conforme a mercado» (*marktkonforme*) de todo el derecho privado, de modo que, aun no siendo una situación *antitrust* tipificada esta que nos ocupa, el supuesto de hecho y la norma del artículo 83, II, debe ser construidos de manera de tal que se limiten al máximo las posibilidades de conductas colusorias.

C. P. A.

69. *Convocatoria de Junta General de Sociedad Anónima por el Presidente.* Entiende el Tribunal Supremo —y así lo argumenta— que del artículo 56, I, LSA, no se deduce que inexcusablemente hayan de convocar las juntas extraordinarias los administradores. De dicha norma simplemente se infiere que ellos quedan facultados para proceder a la convocatoria, mas ello no excluye las facultades que al Presidente se pueden conceder en los Estatutos en orden a la convocatoria y constitución de las juntas de socios, como lo pone de relieve inequívocamente el artículo 11, I, LSA, que exige como una de las menciones de la escritura de constitución de la SA la relativa a los «plazos y formas de convocar y constituir las juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias». Se deja, por consiguiente, margen suficiente para la validez de una cláusula estatutaria que faculte al Presidente para convocar la junta; y para los acuerdos doptados en las asambleas así convocadas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982; no ha lugar.)

70. *Impugnación de acuerdo social por infracción del artículo 59 LSA.*— Este precepto exige como requisito para la asistencia a la Junta general la inscripción de las acciones en el libro de socios (si se trata de títulos nominativos) o el depósito de las mismas (en caso de que sean al portador)

con cinco días de antelación a la celebración de la Junta. La Audiencia ha estimado —y su juicio resulta ratificado por el TS— que el rigorismo establecido por el artículo 59 LSA no es exigible en aquellos supuestos en los que «se trate de acciones que aun previstas para ser emitidas al portador no han llegado a ser puestas en manos de sus suscriptores para quien su derecho legitimador queda plasmado en la asignación numeral de las mismas en la escritura de constitución de la sociedad o en las de ampliación del capital, tales títulos de participación resultan inseparables de las escrituras y del nombre de sus suscriptores, a quienes no se puede exigir su presentación y depósito identificatorio cuando los administradores sociales en funciones saben que el cumplimiento de tales requisitos es imposible para dichos accionistas». (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina transcrita se explica en el contexto de una sociedad anónima cerrada, que venía funcionando a través del mecanismo de la Junta universal y en la que sucesivamente se produjo un conflicto con uno de los socios, al que se quiso excluir de una Junta general extraordinaria —y se excluyó— alegando el no haber hecho el previo depósito de los títulos; depósito éste que era imposible habida cuenta que la sociedad no había entregado las acciones, ni los resguardos provisionales de las mismas.

C. P. A.

77. *Disolución de sociedad de responsabilidad limitada por paralización de órganos sociales.*—Esta sentencia contempla aquellos supuestos de sociedades integradas por sólo dos socios, cuyas participaciones y facultades administrativas son idénticas y en las que surgen desacuerdos que revisten el carácter de graves y permanentes. En tales situaciones —señala el TS— puede acordarse la disolución judicial de la sociedad, a petición de un socio y aun con la oposición del otro. La razón de la disolución se halla en el hecho de que en semejante tesitura no es posible adoptar ningún tipo de decisiones que permitan el desarrollo regular de la empresa y la realización, por consiguiente, del fin social. Tal hipótesis —resuelve el TS, ratificando la doctrina de la STS de 3 de julio de 1967— ha de estimarse comprendida en el artículo 30, 2.º LSRL, toda vez que en el mismo se contiene «una fórmula genérica para todos aquellos supuestos que verdaderamente sean de trascendencia y, de hecho, y con sujeción a las reglas del criterio humano, produzcan el colapso de la vida de la compañía, imposibilitando su normal funcionamiento de manera permanente y definitiva». (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—En esta resolución se enfrenta el TS con un supuesto solutivo típico de las denominadas «sociedades de capitales cerradas» (y a estos efectos lo mismo importa que se trate de una sociedad de responsabilidad limitada que de una «sociedad anónima familiar»). La sentencia, por lo demás, no hace sino reafirmar la tesis ya mantenida por el TS en múltiples decisiones anteriores, a tenor de la cual la *permanente e insanable discordia entre los socios* cae dentro de la «imposibilidad manifiesta de realizar el fin social» a la que, como causa de disolución, se refiere el artículo 30, 2.º LSRL, y el artículo 150, 2.º LSA. La subsunción de la riquísima constelación de casos que va bajo la rúbrica de «parálisis de los órganos sociales» dentro de los preceptos referidos de la LSRL y LSA efectuada por el alto colegio resulta técnicamente impecable y la avala toda la literatura especializada que

se ha ocupado con un mínimo de detenimiento de esta problemática (Senén de la Fuente, Girón, Uría, Garrigues, Cámara, etc.) Incluso es admitida por algunos autores de otros ordenamientos que, como el italiano, han previsto típicamente el supuesto de parálisis (cfr. art. 2.448, 3.º *Codice Civile*), al lado de la «imposibilidad de realización del objeto social» (cfr. G. FERRI, *Delle società*, en A. SCIALOJA y G. BRANCA (eds.), *Commentario del Codice civile*, Roma-Bologna, 1968, p. 220. Este autor viene a decir que en realidad la hipótesis solutiva de parálisis por conflictos intracorporativos ya está contenida en la más general a la que hace referencia la imposibilidad de conseguir el objeto social). Dicho esto, sin embargo, estimamos que es necesario delimitar teleológicamente el modo de operar de esta causa, es decir, cuándo habrá que recurrir a ella; qué condiciones debe reunir la disensión entre los asociados para que pueda alcanzar eficacia disolutiva; y, por último, en qué circunstancias es jurídicamente relevante desde el punto de vista de la norma de cobertura la disensión como causa de disolución. Puntualizando estos tres extremos podremos precisar adecuadamente las características del supuesto de hecho relevante y evitar un recurso indiscriminado a la solución extintiva de la sociedad. Desde este punto de vista y únicamente bajo algunos aspectos nos separamos de la opinión sostenida por el TS que, a nuestro juicio, se halla acaso demasiado aferrada a la consideración del *principio intuitus* en las sociedades cerradas (principio ese, cuya relevancia tipológica resulta cada vez más puesta en duda por los especialistas del derecho de sociedades). A nuestro juicio, la clave de la solución de este problema deberá encontrarse —de acuerdo, por otra parte, con la *ratio* que inspira a los artículos 30, 2.º LSRL, y 150, 2.º LSA— en lo que podríamos llamar *principio de rendimiento*. Hechas estas salvedades podemos ya considerar la primera cuestión que tenemos pendiente: (1) ¿Cómo opera esta causa? ¿Cuándo cabe otorgar efectos solutivos a la hipótesis que nos ocupa? A este respecto es imprescindible indicar que el recurso a la disolución debe reputarse siempre y en todo caso como *remedio último*, utilizable, por consiguiente, sólo a condición de que falten otros mecanismos que puedan resolver los conflictos y que —y éste es el punto fundamental— permitan conservar la sociedad y su empresa: en este sentido *podrá* recurrirse previamente al arbitraje (como entre nosotros ha señalado especialmente Muñoz); y *deberá* llegarse —como han hecho los jueces franceses, postula la doctrina alemana (v. g. Immenga) y establece alguna legislación americana (p. ej., Carolina del Norte)— a admitir que la oferta de compra de su participación social priva al demandante de su acción de disolución e incluso que habría que ofrecer esa adquisición a los consociados antes de ejercerla (cfr. J. M. MUÑOZ PLANAS, «Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 488-493; y V. IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg 1970, p. 341, ambos con las informaciones suplementarias dadas). Mas sobre todo y teniendo muy en cuenta que como dice Immenga es inadmisibles la disolución social nor parálisis funcional en los casos —muy frecuentes, por cierto— en que el bloqueo beneficia los intereses de una de las partes en conflicto; sobre todo en estos supuestos *deberá* recurrirse previamente al expediente de la disolución parcial, admitido por el artículo 31 LSRL, que remite, entre otros, a la cláusula general dispuesta por el artículo 218, 7.º C. de c., con lo cual nos aproximáramos a las soluciones «conservativas» del derecho alemán (cfr. IMMENGA, *op. cit.*, pp. 339-340). Ciertamente el recurso a la exclusión únicamente podrá hacerse cuando proceda positivamente (aunque con toda probabilidad procede en todo tipo de conducta que revista el carácter de incumplimiento grave de las obligaciones sociales, entre las que se cuenta el deber de fidelidad: cfr. R. GARCÍA VILLAVERDE, *La exclusión de socios*, Madrid, 1977, p. 257). Esta solución no está prevista respecto de las sociedades anónimas, y entienden los autores que, al ser una disciplina *completa* la contenida en la LSA, no resulta aplicable a tales sociedades el ya citado artículo 218, 7.º C. de c. (v., por todos GARCÍA VILLAVERDE, *op. cit.*, p. 253); a nuestro modo de ver, sin embargo, aun dando por correcta la opinión re-

ferida respecto de los casos normales, en los supuestos de «sociedades anónimas cerradas» acaso debiera intentarse la aplicación analógica del artículo 31 LSRL, por tratarse ambos de tipos personalistas con estructura corporativa (en este sentido se ha pronunciado, aunque con carácter indiferenciado y con argumentos más éticos que jurídicos, RODRÍGUEZ SASTRE, «Exclusión de un accionista de sociedad anónima», en RDP 1975, pp. 489-490, según infiero de un largo texto que de este trabajo reproduce Rafael García Villaverde) (2). ¿Que condiciones debe reunir la disensión entre los asociados para que pueda alcanzar eficacia disolutoria? A este respecto no es necesario más que indicar, porque en este punto se muestra de acuerdo toda la literatura y la jurisprudencia, que las desavenencias que motivan el conflicto intracorporativo deben ser *graves* (o «manifiestas» para utilizar la palabra de la ley) y deben de revestir carácter *definitivo*. Evidentemente se tratará de un juicio de hecho, pero su parámetro muy bien puede ser el indicado por el TS: que «produzcan el colapso de la vida de la compañía» (a los efectos de este punto bastará remitirse a G. SENÉN DE LA FUENTE, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Madrid, 1965, pp. 199-203 e *ibi* información ulterior) (3). ¿En qué circunstancias es jurídicamente relevante desde el punto de vista de la norma de cobertura la disensión como causa de disolución? A fin de evitar un uso indiscriminado (y disfuncional) de esta hipótesis solutiva es preciso averiguar la *ratio* del supuesto; esto es, *indagar por qué la disensión intracorporativa es relevante jurídicamente*, pues, evidentemente sólo en tales casos deberá darse curso judicial a la disolución. Este interrogante puede ser atendido de muy diversas maneras: (a) Se podría sostener, en primer lugar, la tesis de que únicamente existe imposibilidad de funcionamiento de la sociedad (y por tanto, claro está, de realización del fin social) en aquellos supuestos en los que el funcionamiento de los órganos es relevante legalmente, porque legalmente es necesario tomar una decisión que —a causa de los conflictos internos— no se logra adoptar: es el caso del balance y las cuentas, cuya aprobación anual es exigida por los artículos 27 LSRL y 50 LSA (así, respecto del derecho italiano, A. MAISANO, *Lo scioglimento delle società*, Milano, 1974, p. 111). Este planteamiento tan reductivo, que sólo con dificultades puede admitirse en el seno del ordenamiento italiano, no se ajusta al derecho positivo español: a la vista de los artículos 30, 2.º LSRL y 150, 2.º LSA, no nos debemos preguntar si la decisión de la junta es necesaria positivamente (éste es otro problema), sino y únicamente si la falta de decisiones de la asamblea (no de los administradores que, según los artículos 75 LSA y 12 LSRL, son revocables *ad nutuum*) conduce a la imposibilidad práctica de conseguir el fin social. (b) Frente a esta tesis restrictiva cabría pensar también que cualquier tipo de conflicto grave y permanente entre los socios debe zanjarse por la vía solutiva de la sociedad como es la doctrina mantenida por el TS en la resolución que anotamos y sobre todo en su sentencia de 3 de julio de 1967. De ellas se infiere la que podríamos denominar *teoría del funcionamiento normal*, a tenor de la cual *cualquier desviación de los standards de funcionamiento de las sociedades bien avenidas* (y con independencia de los efectos económicos —positivos o negativos— a los que conduzca) vendría a integrar todos los requisitos que son necesarios para proceder a la disolución (no se olvide en este sentido que la sociedad disuelta en la sentencia mencionada había conseguido, según balance, unas generosas ganancias). A mi juicio el TS funda prevalentemente esta causa de disolución en el principio del *intuitus personae*, y así la entiende verificada cuando desapareza de manera grave la confianza y la concordia entre los socios, aunque los negocios sean prósperos. Y si esto es así me parece que la tesis del alto Tribunal se desvía en cierto modo de la norma de cobertura que habla de imposibilidad de realizar el fin social, pues evidentemente siempre que medien beneficios hay efectiva realización del fin social (y al respecto es indiferente que se entienda el fin social como objeto social o como fin de lucro: a nadie se le oculta que siempre que las cuentas arrojen ganancias se está realizando la empresa [sobre la dudosa conveniencia de esta distinción, v. J. GIRÓN TENA,

Derecho de Sociedades, Madrid, 1976, I, pp. 203-204]. (c) A nuestro modo de ver habría que encontrar una solución intermedia entre los planteamientos —estricto y amplio— anteriormente esbozados; una vía intermedia que pudiese el acento en la relación de causalidad entre los conflictos intracorporativos y lo que Immenga denomina una *inmediata puesta en peligro de la economía de la sociedad*. En esta línea, por lo demás, es en la que se mueven los ordenamientos más avanzados, como el alemán (cfr., por todos, IMMENGA, *Die personalistische*, cit., p. 339); el americano, en el que los tribunales —siempre dentro del ámbito que aquí nos interesa: las sociedades anónimas cerradas— decretan la disolución sólo cuando las desavenencias internas impiden a la sociedad «operar ventajosamente» (cfr. F. H. O'NEAL, *Close Corporations*, Mundelein (Illinois), 1971, II, p. 96 del cp. 9); o el francés, en el que la jurisprudencia ha sufrido un cambio desde posiciones tradicionales ancladas en el principio *intuitus* hacia posiciones en las que la *ratio* disolutoria se ha trasladado al principio que hemos llamado el rendimiento (de poner acento en el contrato social se pasa a ponerlo, como dice Champaud, en «la paralysie de l'entreprise sociale»: cfr. C. CHAMPAUD en la crónica de legislación y jurisprudencia de la RTDC, 1968, pp. 361-362; y aprobando tales planteamientos. entre nosotros, MUÑOZ PLANAS, «*Problemas de arbitraje...*», cit., p. 489).

Cándido PAZ-ARÉS

72. *Formación de la Cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad anónima*.—La sujeción de una sociedad en la elaboración de sus cuentas al Plan General de Contabilidad de la Pequeña y Mediana empresa (Decreto 2.822/1974, de 20 de julio) no excusa el estricto cumplimiento de las normas de contabilidad de la LSA (y concretamente del art. 105, B), 1, 2 y 4, que es el caso de autos). «Cualesquiera que sean las censuras —señala el TS— a que resulta acreedor el Derecho contable, debe no obstante ser aplicado en cuanto se halla en vigencia». Lo que por otra parte es perfectamente compatible con la adopción del Plan general, que no constituye un conjunto de normas rígidas. El uso del Plan no representa «obstáculo alguno para que dentro del mismo se preste el obligado acatamiento a la LSA, de tal suerte que es perfectamente compatible la sujeción al Plan y la obediencia al mandato de la ley según se demuestra con las Instrucciones para la redacción del balance (...), a cuyo tenor cuando en cumplimiento de lo preceptuado en disposiciones (...) de carácter legal (...), las empresas vinieren obligadas a incluir en su balance determinadas cuentas representativas de situaciones específicas, incorporarán al modelo establecido las cuentas que sean necesarias». (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1982; ha lugar.)

73. *Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Doctrina general sobre el momento de la litispendencia*.—La doctrina de los procesalistas mantiene, con raras excepciones, que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando las opiniones que ponen tal inicio en la citación, emplazamiento o la contestación a la demanda, lo primero por suponer una adaptación a legislaciones extranjeras contrarias a nuestras normas procedimentales, y lo segundo, por entrañar una arcaica reminiscencia de la concepción cuasicontractualista del proceso —cuasicontrato de *litis contestatio*— que se producía al contestar la interpelación judicial contraria; en consecuencia, presentada la demanda y admitida por el órgano jurisdiccional, la *litis pendencia* co-

mienza a producir sus efectos, hasta tal punto que la posición inicial del demandante es inalterable en lo fundamental, salvo la posibilidad contenida en el artículo 548 LEC, y en tal sentido es unánime la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que el proceso ha de resolverse teniendo en cuenta la situación jurídica objeto del pleito tal y como se hallara en el momento de la presentación de la demanda, si ésta es admitida a trámite. (Sentencia de 25 de febrero de 1983; no ha lugar.)

74. *Liquidación parcial de sociedad de responsabilidad limitada.*—No puede acordarse una liquidación parcial de la SRL sin que previamente se haya procedido a la «extinción parcial de la misma —evidentemente quiere referirse el Tribunal a la «disolución»—, a través de la exclusión voluntaria de parte de los socios». (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1982; ha lugar.)

75. *Administrador de sociedad. Facultad de avalar.*—El administrador de la demandada tenía delegadas las siguientes facultades de los Estatutos: «transigir, librar, aceptar y negociar documentos mercantiles y de giro o tráfico, así como otorgar cuantos documentos sean necesarios en interés de la sociedad». El Tribunal Supremo señala que con dichas facultades el administrador puede realizar avales en cuanto éstos se enmarcan en el amplio concepto de «librar, aceptar y negociar documentos mercantiles y de giro o tráfico».

Al establecer el artículo 447 del Código de Comercio la exigencia de poder a cuantos pongan firmas en nombre de otro, sienta la excepción lógica de que dicho poder no será necesario y los administradores de las compañías estarán autorizados para ello «por el solo hecho de su nombramiento. (Sentencia de 20 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

76. *Sociedades cooperativas. Normativa aplicable.*—A falta de la legislación adecuada sobre sociedades cooperativas a que se refiere el artículo 129, 2 de la Constitución de 1978, se rigen actualmente por el Reglamento aprobado por Real Decreto 2710/1978, de 16 de noviembre, algunas de cuyas disposiciones transitorias, pertinentes a la adaptación de los Estatutos principalmente, declaró en suspenso el Real Decreto 2848/1979, de 21 de diciembre, Reglamento que desarrolla la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas; siendo de resaltar para las que, como la aquí recurrente, se constituyeron con anterioridad a ambas disposiciones generales que, por efecto de lo dispuesto en el número 4 de la disposición transitoria tercera reglamentaria, a partir de la entrada en vigor del Reglamento los Estatutos de las Cooperativas se entenderán en todo caso modificados y completados por cuantas disposiciones de carácter imperativo se contienen en el mismo, inscribiéndose entre ellas, sin duda alguna, el artículo 96.

Acuerdos sociales.—Si bien la Asamblea General es el órgano supremo de expresión de la voluntad social, como señala el artículo 23, 1 de la Ley

General, es claro que tales acuerdos tienen el límite que reclama el manifiesto interés de la generalidad de los socios y que se aloja en el principio de la igualdad de todos ellos, sin discriminación alguna por el tiempo de ingreso en la entidad.

Cuestión nueva.—El motivo debe ser rechazado sin más que comprobar que se funda en hecho nuevo.

Costas.—Deben ser impuestas en su totalidad a la sociedad cooperativa recurrente porque en el procedimiento de impugnación en que se ha suscitado, regulado en el número tres del artículo 54 reglamentario, la Ley de Enjuiciamiento Civil es supletoriamente aplicable por así disponerlo la norma 12, siendo también de notar al mismo respecto de las costas del recurso que la norma 9 otorga el de casación por infracción de ley o de doctrina legal o por quebrantamiento de forma contra la sentencia que en la única instancia dicte la Audiencia, sin introducir respecto al régimen de dicho recurso salvedad o especialidad alguna, con lo que resulta aplicable el artículo 1.748 de dicha Ley en cuanto pertinente a las costas y, finalmente, que la norma 11, al regular las costas, dispone que para las causadas en los recursos en general se esté a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo cual nuevamente resulta aplicable aquel artículo 1.748. (Sentencia de 26 de enero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo consideran nulo el acuerdo adoptado por la Asamblea General de una sociedad cooperativa consistente en sortear treinta plazas de garaje con exclusión de trece socios cooperativistas, atendiendo exclusivamente al criterio de antigüedad de incorporación a la sociedad cooperativa.

77. *Interpretación del contrato.*—Al ser privativa de la Sala de Instancia sólo es casacionalmente revisable cuando aparezca manifiestamente infringido alguno de los preceptos interpretativos contenidos en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, normas hermenéuticas que ni siquiera los recurrentes aducen, interpretación, por ende, que ha de ser mantenida en tanto no devenga ilógica, arbitraria, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal.

Confesión judicial.—La existencia de afianzamiento, en los términos indicados, está plenamente reconocida por los demandados aquí recurrentes en prueba de confesión judicial, declaración hecha por el Juzgador que no se combate por el único cauce procesal lícito para impugnarla, que es el del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal.

Cofianza.—Los efectos de tal liberación aparecen previstos en el inciso D) de la escritura pública, que regula las reclamaciones entre los cofiadores, de producirse tal evento, pero sin mermar el derecho del acreedor para dirigirse contra cualquiera de los avalistas para hacer efectivos sus créditos,

consecuencia lógica del carácter solidario de la obligación asumida por éstos, que permite al acreedor accionar contra cualquiera de ellos para resarcirse del reintegro del saldo resultante, visto el contenido del artículo 1.144 del Código civil, más aún cuando, como en el cuarto de los considerandos de la Sentencia del Tribunal «a quo» atinadamente se razona, la demandante ha ido reduciendo el importe de lo reclamado de acuerdo con la responsabilidad que pesaba sobre los fiadores a los que ha ido liberando, que no pueden pretender que su responsabilidad se haya extinguido respecto de la cantidad que resulta adeudada; todo ello sin perjuicio de las acciones que los deudores condenados en sentencia firme puedan ejercitar contra los cofiadores liberados, de acuerdo con el artículo 1.844 del mismo Código. (Sentencia de 2 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Un Banco prestó a una cooperativa de viviendas una determinada suma de dinero. Las obligaciones del préstamo asumidas por la cooperativa fueron garantizadas solidariamente con ella y entre sí por los restantes demandados. Al ser devuelta al Banco sólo una parte de la cantidad prestada, éste demandó a la cooperativa y a sus fiadores con el objeto de que le pagasen la totalidad de la suma adeudada con los intereses y comisiones. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. No prospera el recurso de casación.

78. *Mercantilidad de las compraventas agrícolas.*—En la presente resolución, el Tribunal Supremo se hace eco del desfase del artículo 326, 2.º, Código de Comercio, en un momento de progresiva industrialización de la actividad agrícola. Y en este sentido señala que la exclusión operada por el citado precepto de la compraventa agrícola del ámbito jurídico mercantil, si bien tenía «una justificación en la época de la codificación, cuando las operaciones de cultivo no pasaban de rudimentarias y se insertaban las más de las veces en una economía de subsistencia, no es válida para las explotaciones de hoy, desarrolladas en una verdadera empresa agraria; a pesar de lo cual —y en respeto del principio de legalidad, dice tajantemente el juez de casación— es innegable que el precepto sigue vigente y con prevalencia frente a la norma» del artículo 325 C. de C. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1981; no ha lugar.)

79. *Mercantilidad de la compraventa.*—El juzgador de casación entiende que para que «se produzca, fáctica y jurídicamente, situación de compraventa mercantil» es absolutamente imprescindible que se «trate de la compra de cosas muebles para revenderlas», según se desprende del artículo 325 C. de C. Por ello, al haberse adquirido un producto de una *empresa* por don S. S. G., no para ser revendido, sino para ser aplicado al «raseado de los techos y paredes del edificio en construcción», nos encontramos ante un negocio *estrictamente civil*, al que, consiguientemente, no resulta aplicable el C. de C. El Tribunal Supremo argumenta su posición al decir que «estando influido nuestro Código de Comercio, para calificar la compraventa mercantil, no por el sistema subjetivo, en el cual es venta mercantil

toda venta que sea acto de comercio para el vendedor o para el comprador, o para ambos, y que tenga por objeto mercaderías o títulos valores, sino por el sistema objetivo, en que se prescinde de la profesión del sujeto contratante para atender sólo a la intención de ese sujeto, de tal manera que se sustituye el concepto de compra profesional por el concepto de compra de especulación, de modo que la compraventa mercantil descansa no sobre la venta misma, sino sobre la venta de lo comprado, manteniéndose así al respecto en el Código de Comercio, concretamente a medio de su artículo 325, el concepto económico como instrumento jurídico de mediación entre los que producen y los que consumen, con dominio en consecuencia de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa mueble comprada, de tal modo que la intención pasa a ser lo esencial, mientras que la profesión del que compra o vende pasa a ser elemento secundario e irrelevante». Intención esa que se desdobra en un doble propósito «por parte del que compra, cual es el de reventa y el propósito de lucrarse en la reventa». Todo lo cual conduce a la estricta conclusión de que únicamente será compraventa mercantil aquélla efectuada *para revender*. (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

80. *Valor de la carta de porte en el contrato de transporte.*—La carta de porte no es un requisito obligatorio e ineludible del contrato de transporte, pues del artículo 353 C. de C. sólo dice que «tanto el cargador, como el porteador (...) *podrán exigirse* mutuamente que se extienda una carta de porte...». De ello no puede inferirse racionalmente otra cosa que no sea el carácter meramente *facultativo* de dicho documento. Por consiguiente, su ausencia —la de la carta de porte— «no obsta a la realidad del contrato, como también de modo expreso se establece en el artículo 354 C. de C. que autoriza entonces a utilizar otros medios de prueba para acreditar no sólo su existencia, sino asimismo su contenido». (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1982; no ha lugar.)

81. *Contratos de carga y descarga y de transporte terrestre. Doctrina general sobre unidad o pluralidad de contratos.*—Las cuestiones acerca de la nulidad o pluralidad de contratos han de resolverse desde la óptica de las causas, por ser la diversidad de éstas la que introduce la correlativa pluralidad de contratos, mientras que bajo una causa única puede acogerse una multiplicidad de prestaciones heterogéneas, mas sin que ese dato fraccione el contrato único.

Autonomía del contrato de carga y descarga.—Aunque cabe afirmar la unidad del contrato de transporte marítimo acogiendo las fases iniciales y finales a calidad de accesorias, con todo no puede desconocerse que también toda esa serie de operaciones preliminares y finales que preparan o ponen término al desplazamiento marítimo e inician el terrestre (depósito, almacenaje, manutención, peso, separación, clasificación, despacho, desplazamientos dentro del área portuaria, etc.), los accidentes que los caracterizan, el ritmo que el moderno tráfico marítimo les exige, la administrati-

vización de los servicios de carga y descarga, el peculiar régimen laboral de las faenas, y otros factores, desembocan a veces en el alumbramiento de una causa verdaderamente autónoma respecto del transporte marítimo, cuanto más del terrestre que le sigue o no, debiendo registrarse la existencia de empresas independientes de las de transporte y específicamente dedicadas al objeto de la carga y descarga, designadas por el porteador o por el cargador o receptor, casos éstos en que el contrato adquiere un relieve incuestionable desprendiéndose limpiamente de los de transporte, no debiendo descartarse tampoco la posibilidad de mantener la misma autonomía del contrato de carga y descarga, con las mismas partes que en el de transporte marítimo o terrestre, si así ha sido pactado, configurándose un contrato singular perteneciente al amplio género de la *locatio operis* y formando dentro del mismo una modalidad atípica integrada por prestaciones de naturaleza no sólo variable, sino también heterogénea y aún propia de otras figuras jurídicas.

Tratamiento restrictivo de la prescripción, incluso en el ámbito mercantil. Según doctrina establecida por las Sentencias de 17 diciembre 1979, 16 marzo 1981 y 8 octubre 1982, la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista por ser una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo, y ello aún en materia mercantil, pues por grandes que son las exigencias de rapidez y liquidez del tráfico de esa naturaleza, que se traducen además en que los actos admitidos para el efecto de la interrupción no sean tantos como los conocidos en el tráfico civil (así el artículo 1.973 C. c. en contraste con el artículo 942 C. com.), en el presente caso el plazo del artículo 951 C. com. merece una aplicación estricta a los fletes y portes. (Sentencia de 31 de enero de 1983; no ha lugar.)

Merece destacarse la proclamación de que también en materia mercantil el instituto de la prescripción debe ser aplicado restrictivamente por no ser de estricta justicia, así como la doctrina general relativa a la unidad o pluralidad de contratos, que tanta diversidad de criterios ofrece a nivel científico.

82. *Fijación de la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra.*— El Tribunal Supremo parece inclinarse en esta sentencia por entender el artículo 1.024 C. de C. de 1829 (vigente como es sabido por disciplinar aspectos procesales de la quiebra) en el sentido de que autoriza o deja al arbitrio del juez la fijación de la fecha a la que habrán de retrotraerse los efectos de la quiebra. Se señala además que la declaración de quiebra no asume un carácter condicional, porque en ella se establezca «con la calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero» la fecha de retroacción. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

83. *Competencia. Ingreso en la Asociación de Prensa.*—El actor había solicitado el ingreso en la Asociación de Prensa de San Sebastián, siendo rechazada su solicitud, por la que acudió al entonces existente Tribunal Central de Amparo, que declaró su derecho a ingresar en la citada Asociación y solicitaba ahora en su demanda se obligara a la Asociación a pasar por dicho acuerdo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, la Audiencia la revocó y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

El Tribunal Supremo establece que la competencia para conocer de la materia planteada no es de los tribunales ordinarios, sino del Ministerio de Trabajo que ha asumido las funciones y competencias que correspondían al hasta entonces Ministerio de Relaciones Sindicales, correspondiendo al citado Ministerio de Trabajo las facultades de ejecución de las decisiones de los Tribunales de amparo extinguidos cuyas respectivas competencias aquel ente ministerial asumió. (Sentencia de 6 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

84. *Acto de conciliación. Exclusión de su celebración.*—Las diligencias preparatorias de ejecución seguidas sin efecto, por no haberse reconocido la firma ni la deuda, excusan de la celebración del acto de conciliación previo al juicio declarativo subsiguiente, cuyo objeto sea la reclamación de la deuda, por ser este juicio consecuencia de aquéllas y alcanzarle la excepción del artículo 460, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Omisión de acto de conciliación. Efectos y subsanación.—La omisión del acto de conciliación produce efectos estrictamente procesales, por lo que una impugnación basada en dicha omisión no puede prosperar, pues las actuaciones practicadas sin este requisito son válidas y subsistentes, precisándose sólo que se perfeccionen con la celebración del acto de conciliación en cualquier estado del pleito en que se note su falta; referencia sólo aplicable a la primera instancia, por lo cual la falta de conciliación no puede prosperar en vía impugnativa.

Contrato de descuento. Doctrina general.—El contrato de descuento comercial o financiero, definido en la Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1963, se repute como simple operación económico-financiera de naturaleza mercantil, o como contrato de préstamo singular y específico, es negocio que genera acción de repetición contra el descontado por el importe que el descontante anticipó, pues se concierta siempre «salvo buen fin».

Deuda de intereses. «Dies a quo».—Los intereses deben referirse a la fecha de los protestos, ya que, al tratarse de deudas mercantiles y a plazo, no era preciso requerimiento extrajudicial para el efecto de la mora, pero

además los protestos significan, para la persona con quien se entienda la diligencia y para los coobligados solidariamente, no sólo la función de constatar la falta de pago, sino también la exigencia extrajudicial del cumplimiento. En cualquier caso es irrelevante para las relaciones entre descontante y descontado la omisión de la cláusula de valor. (Sentencia de 16 de julio de 1982; no ha lugar.)

85. *Documento auténtico.*—No conviene el concepto de documento auténtico para los fines de este extraordinario recurso de casación a aquellos que hayan sido tenidos en cuenta o sea examinados, valorados y ponderados por el juzgador de la instancia. Entendiéndose así que carecen radicalmente de autenticidad casacional los propios documentos básicos del proceso, por ser el objeto de la cuestión litigiosa y haberse construido sobre ellos la tesis decisoria del juicio.

Literosuficiencia.—Se precisa para que el documento alcance la categoría de auténtico la nota de la literosuficiencia o lo que es igual, que contenga valor probatorio decisivo en lo que a la indiscutible veracidad de los hechos se refiere, ofreciendo de suyo un acreditamiento irrefutable sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, pues de ser ello preciso es claro que sólo cabría impugnar su interpretación.

Interpretación de los contratos.—Ha de recurrirse por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con cita de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos.

Operación de interpretación.—Es doctrina constante de esta Sala que puede distinguirse la interpretación de un contrato de la apreciación de los hechos, pues la operación de interpretación se desdobra en dos partes: por un lado el Tribunal «a quo» fija los hechos a través de la actividad de valoración de las pruebas practicadas, mas luego de esa fase y operando sobre los hechos así fijados pasa a aplicarles las normas contenidas en los artículos sobre hermenéutica, y si a la primera fase de la actividad pertinente a la «quaestio facti» o determinación de los hechos corresponde el cauce seguido por el motivo ya desechado del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la segunda parte consistente en la selección de la norma conducente a la aplicación de las normas de hermenéutica contractual de los artículos 1.281 a 1.289 accede a la casación solamente a través del número primero del mismo artículo, porque entonces al aplicar uno de aquellos preceptos sustantivos citados o varios de ellos pudo incidirse en interpretación errónea o aplicación indebida o dejarlos sin aplicar y consecuentemente en violación de los preteridos.

La interpretación del contrato como facultad de los Tribunales de instancia.—Esta facultad la ejercen de manera privativa o exclusiva o inscrita en la soberanía del Tribunal «a quo» y es así que debe prevalecer o predominar sobre la del recurrente. Si bien se exceptúan los casos en que la interpretación de la instancia deba tildarse de equivocada, desorbitada, iló-

gica, absurda o contradictoria de alguna de las normas de hermenéutica contractual, con todo la interpretación impugnada habrá de ser mantenida, salvo que el error demostrable resulte evidente y por ello aún en el supuesto de que cupiere alguna duda razonable acerca de su absoluta exactitud. (Sentencia de 23 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

86. *Valoración de los elementos probatorios.*—Debe ser rechazado el motivo no sólo porque pretende combatir la apreciación de la prueba que opera la resolución recurrida, sustituyéndola por la del Juzgado de Primera Instancia, lo que tan sólo puede hacerse al amparo del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no con base en un motivo amparado en el número primero, sino también porque parece desconocer la doctrina jurisprudencial reiteradamente sostenida por este Tribunal de que «nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aun concibiendo el recurso de apelación como una simple revisión del proceso primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite, sin embargo, al Tribunal «ad quem» conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito» (Sentencia de 6 de julio de 1962) y que «cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio» (Sentencia de 23 de marzo de 1963), por lo que obviamente el criterio valoratorio de la prueba que esta Sala de Casación debe respetar, a no ser que, oportunamente combatido, pueda ser reputado ilógico, es el de la Audiencia Territorial y no el del Juzgado, en aquellos supuestos en que, como el presente, por haberse producido recurso de apelación se ha residenciado en aquélla la competencia para conocer y valorar los puntos de hecho y de derecho precisos para la resolución del litigio planteado.

Novación modificativa.—Tiene declarado esta Sala que el concepto romano de novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, el que incluye dentro de aquél no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa) y el deslinde entre una y otra ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación, de tal modo que si ésta subsiste, pero varía alguna de sus condiciones principales, persistiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia; que el artículo 1.204 del Código civil admite, al lado de la manifestación expresa de la voluntad de novar, la manifestación tácita inducida de la incompatibilidad entre las dos convenciones, correspondiente en definitiva a los Tribunales, atendiendo en cada caso concreto a las circunstancias que en él concurran, decidir si esa incompatibilidad de voluntades existe, hipótesis en que habrá novación, o no existe, supuesto en que habrá mera modificación de la obligación, y finalmente que las circunstancias fácticas determinantes de la existencia o inexistencia de la novación declaradas por el Tribunal «a quo» han de prevalecer en todo

caso por constituir una facultad privativa de los Tribunales de Instancia. (Sentencia de 16 de febrero de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de doce apartamentos. El contratista llevó a cabo una serie de trabajos extras que determinaron un retraso en la entrega e incremento del costo. El contratista demandó al comitente para que pagara la totalidad del costo de las obras.

El Juez de Primera Instancia condenó al comitente al pago de una determinada cantidad de dinero, que fue aumentada por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA.—Existen bastantes Sentencias del Tribunal Supremo donde se plantea el problema de la novación modificativa en sede de contrato de obra. Como señalamos en la anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1980 (en este ANUARIO, 1981, III, pp. 878-879), el problema de la existencia de novación modificativa surge por la introducción de variaciones en el proyecto inicial que determinan un mayor plazo para la terminación de las obras y aumento del costo de las mismas. Este es el caso de la sentencia que anotamos al afirmarse la incompatibilidad del plazo inicialmente establecido por las partes para la entrega de la obra con las obras que fuera de presupuesto y de la previsión inicial hubieron de intercalarse en el curso de las primeramente convenidas.

Sobre el problema de la distinción entre la novación extintiva y la meramente modificativa, véanse nuestras anotaciones a la citada Sentencia de 27 de diciembre de 1980 y a la de 23 de mayo de 1980 (en este ANUARIO, 1981, I, p. 198), que se pronuncian en términos semejantes a los de la sentencia que anotamos.

A. C. S.

87. *Presunciones. Alcance del control en vía de recurso.*—Este Tribunal podrá revisar las presunciones estimadas por el Tribunal de Instancia si las consecuencias son absurdas, ilógicas o inverosímiles y si el enlace entre el hecho demostrado y el deducido no es preciso y directo. En el presente caso no es lógico ni razonable concluir que, por el hecho de que un copropietario construya en el solar de que es comunero, se transfiera la copropiedad de la construcción al otro comunero, sin resolver los problemas jurídicos que la edificación puede originar.

Valoración errónea de la prueba. Certificación municipal.—La certificación municipal que expresa que a uno de los copropietarios le fueron suspendidas o prohibidas ciertas obras en la finca, no puede ser considerada como prueba documental eficiente para la atribución de la propiedad de una obra, ni como título de dominio presunto. (Sentencia de 30 de septiembre de 1982; ha lugar.)

88. *Incongruencia.*—Con estos antecedentes es obvio que los demandantes al redactar la súplica del escrito de réplica se mantuvieron dentro de los límites permitidos por el artículo 548, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, al no alterar la pretensión objeto principal del debate (el pedimento sobre el carácter ganancial del inmueble en cuestión), sino que la adicionaron o ampliaron para eludir un grave obstáculo jurídico a su estimación, óbice que sólo conocieron a través del escrito de contestación a la demanda y en el que precisamente basaron su defensa las demandadas, criterio éste ya seguido con anterioridad por esta misma Sala en supuestos análogos, en cuanto la pretensión deducida en la réplica fue consecuencia obligada para prosperar la acción que se ejercitó; por todo lo cual al resolver sobre esa pretensión no incurrió la sentencia impugnada en incongruencia alguna.

Presunciones.—Conclusión fáctica que esta Sala ha de mantener por no constar probado nada en contra de la instancia, por no haber sido impugnada tal conclusión por el cauce procesal adecuado a este recurso de casación, y sobre todo, porque la presunción que la Sala de instancia obtuvo, sin duda a través de la aplicación del artículo 1.253 del Código civil, citado en el considerando cuarto de la sentencia del Juzgado, admitido por el Tribunal de apelación, aunque involucrada en una apreciación conjunta de la prueba, no fue debidamente impugnada en este recurso ni se intentó demostrar que la deducción debatida fuera absurda o ilógica, así como tampoco que la impugnada interpretación de la Sala no sea racional y lógica, todo lo que conduce también al decaimiento del motivo.

Actos propios.—Como ha exigido esta Sala, los actos propios que vinculan a su autor han de tener la solidez y consistencia para de ellos deducir verdaderas declaraciones de voluntad en términos concluyentes e inequívocos sobre concretos contenidos. (Sentencia de 21 de enero de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre los presupuestos de aplicación de la doctrina de los actos propios y un amplio análisis de la doctrina jurisprudencial, ver DÍEZ-PICAZO (*La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 193 ss.), con especial referencia a la conducta vinculante.

A. C. S.

89. *Contrato de seguro. Cuestiones nuevas.*—Afirma el Tribunal Supremo que uno de los fines que persigue el recurso extraordinario de casación es el de revisar la aplicación del derecho realizada por los Tribunales de instancia dentro de los límites que las leyes marcan para aquella actuación, lo que quiere decir que el Tribunal Supremo no podrá traspasar aquellos límites y entrar en el estudio de cuestiones o temas no debatidos en el proceso por partes por no propuestos en el período expositivo del juicio, quedando, por tanto, vedado el acceso a la casación de cuestiones nuevas, según reiteradísima jurisprudencia (2 de marzo de 1942; 20 de marzo de 1947; 10 de julio de 1976, 28 de noviembre de 1980; 23 de febrero de 1981, y 5 de junio de 1981). (Sentencia de 17 de julio de 1982.)