

II. SENTENCIAS

A cargo de: Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ
María Pilar BENAVENTE
Francisco LLEDO YAGÜE
Aurora RUIZ FERREIRO
Manuel María ZORRILLA RUIZ

I. DERECHO CIVIL

Derechos de la persona

1. *Títulos nobiliarios. Legislación desamortizadora.*—Si bien es cierto que una cosa son los mayorazgos o vinculaciones de bienes que, constitutivos de «manos muertas» o bienes improductivos, «extra commercium», fueron suprimidos por las leyes decimonónicas desvinculadoras y otra los títulos nobiliarios y honoríficos, mercedes otorgadas por la Corona, también lo es que ambas instituciones estaban imbricadas y unidas, la primera como sostén económico necesario para la prestancia o prestigio social (dignidad) del título según las características de la sociedad estratificada que lo origina, circunstancia que no puede echarse en olvido y menos, como se hace en el recurso, para disociar lo que en aquel tiempo estaba unido y socialmente asimilado y distorsionar así la auténtica interpretación histórica, que postula, cuando la trascendencia del hecho antiguo es hoy inane, estimarlo y valorarlo de acuerdo con su tiempo, no con el nuestro, con lo que se quiere decir, en definitiva, que la limitación posesoria de varios títulos no estaba en función sólo del dato económico del mayorazgo-título, sino también del valor social del título honorífico en sí y de la finalidad, no de evitar acumulación de bienes, sino de honores y mercedes, mirando a su distribución entre los varios herederos, al fin y al cabo —incluyendo el mayor o primogénito— sólo sucesores de la persona que justificó, por sus propios méritos o hazañas, la concesión de la merced, y en ese sentido realmente «privilegiados» y, como tales, susceptibles, o más bien necesitados, de serles aplicables las reglas o consideraciones restrictivas de todo privilegio, mirando a la distribución y no a la concentración de los mismos. (Sentencia de 27 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la acción entablada por la Marquesa de A. para que se declarase que es preferente su derecho genealógico frente al de la demandada para llevar, usar y poseer, reivindicar y disfrutar la merced nobiliaria de Marqués de V.

Allegaba al efecto la actora que la estipulación trece de las capitulaciones matrimoniales de los antepasados de ambas partes, aprobadas por la Real Cédula de 17 de mayo de 1614 del Rey Felipe III, dispuso que, si con motivo del matrimonio se unían ambas casas, se habrían de dividir en lo sucesivo, sin que «en ningún caso se han de poder juntar las dichas casas en un sucesor, si no fuere en el caso de no haber más de un descendiente de este matrimonio y entonces, por su muerte, *ipso iure*, se ha de hacer la dicha división». Pero añadía la de-

mandante que la Ley en que se basó el Monarca Felipe III para sancionar las capitulaciones matrimoniales citadas fue la de Cortes de Madrid de 1534, que la actora consideraba inaplicable al caso por referirse tal disposición a las casas de mayorazgos, que prohibía la unión de dos de ellas cuando «sea la una de valor de dos cuentos de renta» (valor económico hoy intraducible), es decir, por razones económicas, debiéndose entender, según la demandante y recurrente, que tal norma, como todas las relativas a mayorazgos, fue derogada por la Ley desvinculadora de 1820, que mantuvo sólo los títulos honoríficos.

La Sala Primera declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, en base a las consideraciones transcritas, cuya síntesis es la de que la limitación posesoria de varios títulos no estaba sólo en función del dato económico, sino también del valor social del título honorífico. (R. de A.)

Obligaciones y contratos

2. *Obligación de dar cosa determinada: Desaparición física de la cosa. Inadmisibilidad de la atribución analógica de un «derecho de retorno» y de la subrogación real.*—En recurso de casación formulado dentro de un procedimiento de ejecución de sentencia, la Sala Primera dice:

CONSIDERANDO: Que la puesta en posesión, como actividad ejecutiva cuando el objeto específico de la sentencia de condena es la entrega de una cosa determinada, según resulta de aplicar los artículos 1.097 del Código civil y 926 de la Ley Procesal, puede verse imposibilitada por la insuperable realidad de la inexistencia del bien al tiempo en que se postule la entrega, por haber desaparecido durante el curso del proceso, hipótesis en la cual la ejecución mediante la efectividad del contacto material del ejecutante con la cosa de que se trata, físicamente descartada, habrá de orientarse hacia la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pues la obligación principal se nova (artículo 926, *in fine*, en relación con el 928), como ya señaló la sentencia de esta sala de 9-4-1959; evidencia a la que se atuvo el Tribunal de instancia en el auto recurrido, pues si bien la decisión de cuya efectividad se trata, al declarar la inexistencia de plena capacidad de disposición en el enajenante y la nulidad del negocio contenido en el documento privado de 29 de diciembre de 1976, por medio del cual el arrendatario, padre de la recurrente, daba por fenecido el contrato locativo percibiendo una indemnización de cuatrocientas mil pesetas, contiene el pronunciamiento implícito de una reintegración posesoria, es lo cierto que pendiente la alzada la propia actora y recurrente, actuando a través de la representación de un Letrado, pactó con su padre y el arrendador recurrido la entrega a éste de «dicho local completamente libre con la finalidad de que pueda comenzar de inmediato el derribo del inmueble y la nueva construcción que intenta llevar a cabo», y aun cuando estipularon que lo convenido «no supone renuncia para ninguna de las partes de los derechos que se crean asistidos, ni tampoco de los procedimientos judiciales actualmente en tramitación, a cuyas resultas se estará en su día», es irrefutable que entre tales derechos de los coarrendatarios no podrá figurar el de dar vida a una situación ontológicamente imposible, por haber consentido la demolición del viejo edificio donde el local estaba ubicado.

CONSIDERANDO: Que por otra parte, ajeno al tema entonces debatido todo lo referente a un posible derecho de retorno a la nueva finca por aplicación análoga de la normativa reguladora del supuesto (artículos 81 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos), no puede introducirse ese punto sin más en fase de ejecución, como bien entiende la Sala *a quo*, sin que venga permitido constreñir, pues la sentencia que es título de la ejecución nada dice, las facultades dominicales que al recurrido competen sobre la nueva edificación, ni ordenar una «subrogación real», como sostiene el primer motivo del recurso al aducir que el auto en cuestión ha proveído en contradicción con lo ejecutoriado; e igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo, amparado asimismo en el artículo 1.695 de la Ley Procesal en su anterior redacción, pues al razonar como lo hace la Audiencia no se basa en puntos sustanciales no controvertidos en el pleito o que no han sido decididos en la sentencia, antes bien, se atuvo a los términos precisos de lo debatido y resuelto sin incurrir en extralimitaciones, que es lo pretendido por la recurrente con su alegación de aquel hecho del ulterior convenio, producido al margen del proceso con posterioridad a la primera instancia, le atribuye una «vocación al arrendamiento» en el nuevo edificio, que ha de lograr su realización en esta fase ejecutiva, pretensión a todas luces inadmisibles.

CONSIDERANDO: Que en suma, pues, la ejecución de la sentencia de condena sólo puede traducirse, por lo pronto, en el remedio sustitutivo consistente en la indemnización, ya que ha sido demolido el inmueble, sede del local arrendado; y el extremo referente a un posible derecho de retorno, fundado en un pacto ajeno al debate y que no fue componente del tema controvertido, en modo alguno puede ser introducido en este trámite como aspecto de tal actividad ejecutiva, pues habrá de ser materia, si a los interesados conviniere, de un juicio distinto, autónomo o incidental. (Sentencia de 9 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Debe tenerse en cuenta que en la ejecución de sentencia de autos se había dictado por el Juzgado de Primera Instancia proveído del siguiente tenor literal: «... Requirírase a Don Manuel L. R. para que se abstenga de realizar acto alguno de administración o disposición del local objeto del presente procedimiento, poniendo a disposición de la parte ejecutante el local comercial que tiene arrendado en el inmueble propiedad del demandado en la calle C. C. número 8 de L.».

Contra dicha providencia se interpuso por la representación del demandado recurso de reposición, dictándose por el Juzgado auto en el que se desestimaba el recurso en cuestión.

Contra este auto se interpuso recurso de apelación por el demandado, dictándose por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial otro en el que se disponía: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto, ... debemos revocar y revocamos la aludida resolución...».

Sobre estos antecedentes actúa la sentencia del Supremo que se acaba de extractar. (R. de A.)

3. *Prestación indivisible.*—Lo es cuando no puede ser realizada por partes sin alterar la esencia del específico objeto del contrato. (Sentencia de 22 de noviembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

4. *Pago por un tercero.*—En el cuarto motivo, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la repetida ley procesal, se denuncia la violación de los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil, esta vez respecto al documento expedido por el Banco Hipotecario en el que se abona el dinero entregado por el tercero en la cuenta de los primitivos deudores (los socios aportantes de la finca hipotecada), saldándose así la deuda y desgravada la finca. Con tal alegación y denuncia se quiere decir y demostrar que los verdaderos deudores contra los que debiera ejercitarse la acción de reintegro eran y son los citados en dicho documento, desconocido —se dice— por el juzgador. No es aceptable tal tesis y el motivo tampoco puede prosperar. Se olvida, en primer lugar, que el artículo 1.158 del Código civil, en su referencia al deudor, lo hace al real y verdadero deudor, es decir, al obligado a quien el pago por el tercero favorece o le es útil y tal no puede ser otro que el que asume, por obra de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, la carga de responder con la finca gravada de la concreta deuda u obligación determinada en el préstamo hipotecario, verdadero subrogado (la Sociedad Anónima demandada) en el cumplimiento de esa única y concreta responsabilidad, única, además, explícitamente exigida por el actor que pagó con esa finalidad, o sea la de liberar a la sociedad de esa deuda hipotecariamente asumida. Olvida también el recurso, en segundo término, que la sentencia recurrida afirma —sin ser ello impugnado— que no consta que el pago se hiciera contra la expresa voluntad de la indudable deudora, sino, antes al contrario, que el pago le fue útil, dada la relación entre los primeros deudores y la sociedad (de la que eran socios). Es, por tanto, aplicable aquí la doctrina ya expuesta en las sentencias de 5-11-83 y 29-5-84, especialmente la de esta última en cuanto a la naturaleza de la acción de reembolso amparada por el artículo 1.158 del Código civil que, como derivada de una gestión de negocios ajenos, tiende, en aquel como en este caso, a la estricta intención o «animus solvendi» de extinguir la obligación, pero no a subrogarse en el crédito del Banco contra los primitivos y no ya deudores, es decir, y en fin, a obtener por el que paga el reembolso de lo abonado. El documento privado que se cita, por tanto, no destruye la apreciación judicial, porque en nada influye en la consecuencia jurídica obtenida.

Litisconsorcio pasivo necesario: No existe.—Son aplicables los argumentos y razones expuestas para desestimar igualmente el motivo quinto, que denuncia la interpretación errónea del artículo 1.158 del Código civil, puesto que se reitera la tesis de que la demanda se debería haber interpuesto contra los primitivos deudores que aportaron la finca a la Sociedad y no a ésta, así como para fundar el rechazo del sexto y último motivo, pues en nada se desconoce o se infringe la doctrina del litis consorcio pasivo necesario por no haberse demandado conjuntamente a los repetidos deudores, justamente por no ya serlo y sí sólo la sociedad subrogada en el deber de prestación garantizado por la hipoteca, que asumió con la aportación por los dueños de la finca gravada, sin constancia de más o mayor responsabilidad exigible o exigida ahora, por el actor o tercero que pagó, a los reiterados deudores primitivos, convertidos ahora en terceros y ajenos a la contienda y cuya solución judicial no les afecta. (Sentencia de 16 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Hipotecario de España había concedido un préstamo a determinados señores, garantizado por medio de una hipoteca que gravaba una finca propiedad de éstos. Dicha finca fue más tarde aportada a la sociedad anóni-

ma demandada y recurrente en casación, constando en la escritura fundacional la referida carga, que fue por tanto aceptada por la mencionada sociedad. El Banco, para el cobro de su crédito, instó proceso ejecutivo hipotecario y, anunciada la subasta de la finca, el señor G. T., «con indicación o sin ella de los antiguos deudores, pero obrando en interés y beneficio de la sociedad demandada, abonó al Banco la cantidad importe del crédito, cuyo reintegro, al amparo del artículo 1.158 del Código civil, es el que reclama en el pleito instado contra la sociedad beneficiaria.

La Audiencia condenó a la sociedad al reintegro solicitado, con el citado fundamento normativo, no sólo porque no se ha acreditado en autos que el pago se hiciera contra la expresa voluntad de la indudable deudora, sino porque aun en el supuesto de que fuera discutible, habida cuenta de la íntima relación personal entre los socios y la sociedad, así como el limitado número de aquéllos, resulta indudable que el pago le fue útil a la demandada, puesto que le permitió mantener la propiedad y posesión de la finca, liberándola además de la carga que pesaba sobre la misma. (R. de A.)

5. *Voluntariedad del incumplimiento contractual.*—La prestación debida en virtud de un contrato se incumple dolosamente si media plena conciencia de la voluntariedad del acto constitutivo de esa transgresión, dando lugar, si se causaron daños, a un resarcimiento integral y no susceptible de reducción en virtud de acuerdo previo alguno.

Presunción de existencia del daño.—El mero incumplimiento lleva consigo la vehemente sospecha, cuando no la certeza, de que se han producido daños en el caso de rotunda negativa a cesar en la ilícita posesión del objeto arrendado —que es obligado devolver al arrendador— y de haber empleado toda suerte de medios de impugnación para prologar dicho estado de cosas. (Sentencia de 23 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

6. *Mora: Cómputo de los intereses del artículo 1.108 del Código civil.*—Entiende el impugnante que, al no ser líquida la cantidad reclamada en la demanda, la condena al abono de intereses no es dable desde el día de la presentación de la misma, como se sostiene en la sentencia recurrida, sino desde que adquiera firmeza la sentencia definitiva recaída en el proceso, motivo que ha de decaer, dado que la cantidad a cuyo abono se condena en la sentencia impugnada es la misma exactamente que la que fue postulada en el suplico de la demanda, de aquí que, al no haber sido fijada en el proceso, como resultado de una valoración del resultado de la prueba, sino por estimación del montante de los daños y perjuicios aducidos por la parte demandante, el abono de los intereses devengados por dicha suma ha de ser computado desde la fecha en que se produjo la interpelación judicial. (Sentencia de 14 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

7. *Mora: Obligación líquida.*—La sentencia reitera la doctrina de que es líquida la deuda cuando la cantidad reclamada como resarcimiento está fijada de modo indubitado por el contrato y por los recibos de renta, cantidad no precisada de determinación, y que es la que se condena a pagar a los arrendatarios y de la que se ha de obtener la suma correspondiente a sus intereses, devengados

consecuentemente desde la interpelación judicial (Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 23 de noviembre de 1983, «a sensu contrario»). (Sentencia de 14 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

8. *Aplicación del artículo 1.129-2 y constitución en mora.*—«... Incurrió en mora... y ha de considerarse vencida la totalidad de la deuda... por cuanto el incumplimiento de lo pactado sobre otorgamiento de la escritura y pago de la primera fracción del precio con simultáneo aseguramiento de los tres plazos restantes mediante letras avaladas por un banco, apareja efectivamente el advenimiento de la situación de mora del deudor respecto de la totalidad del precio y no sólo de la parte del mismo que había de pagarse al otorgamiento de la escritura...». (Sentencia de 11 de abril de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

9. *Indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 del Código civil.*—Esta no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación nazca y sea exigible, sin que pueda derivar la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización diferiendo para ejecución de sentencia el hecho cierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues al condenar a eso hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada.

Simple retraso.—Se acepta por el Supremo la declaración de la Sala de instancia de que el simple retraso producido en la entrega de alguna partida de botellines de las que habían sido contratadas había carecido de trascendencia al efecto de poder ser determinante de una tacha de incumplimiento que justificara la procedencia del resarcimiento de daños interesado. (Sentencia de 8 de octubre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Estimamos que la manifestación del último inciso del primer apartado transcrito ha de entenderse restrictivamente, en el sentido que en el juicio han de sentarse las bases de determinación del daño y de su importe, sin perjuicio de que su exacta fijación quepa en ejecución de sentencia. Otra cosa sería desterrar la posibilidad de reparación de daños de producción diferida o sobrevenida, aunque previsible en sus manifestaciones.

En todo caso, sería interesante preguntarse sobre la posibilidad —cuestión que desde luego esta sentencia no plantea, porque no ha lugar a hacerlo— de reclamar daños sobrevenidos, de naturaleza contractual, en un juicio posterior a aquel en que se declare el incumplimiento y, en su caso, los daños sufridos hasta que la demanda se formula. (R. de A.)

10. *Acción personal. Reclamación de cantidad líquida; No necesidad de requerimiento previo.*—«... a la previa reclamación judicial, pues en contra de ello se alza la simple lectura del contenido de dicha Póliza, que en modo alguno establece tal exigencia, lo que conduce a que la reclamación se pueda producir por vía judicial con solamente darse las circunstancias, producidas en el presente caso, de vencimiento del plazo por el que fue concedido el crédito y existencia en tal momento de descubierto, por impagado, del saldo líquido acreditado como existente.»

No exigencia de previa notificación de saldo y extracto de cuenta.—«... no hizo previa notificación ... del saldo y extracto de cuenta en forma notarial o judicial, puesto que esa exigencia, cual se deduce de los propios términos de aquel precepto hipotecario» (art. 153 L. H.) "es a efectos de proceder ejecutivamente, que no es el supuesto ahora contemplado, dado que la acción rectora del juicio de que se trata es la ordinaria derivada de la indicada Póliza de Crédito personal... a la que no alcanza esa exigencia y no la acción ejecutiva emanante de la hipoteca de máximo con la superposición de garantía otorgada... ante notario, ... no ejercitada, que es a la que se contrae el referido artículo 153 de la Ley Hipotecaria». (Sentencia de 20 de noviembre de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

11. *Fuerza mayor.*—En la parca regulación de nuestro Código civil en relación con la fuerza mayor resalta la normativa contenida en su artículo 1.105, precepto que respecto a aquella fuerza mayor impeditiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales hay que completar con lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.184 del mismo cuerpo legal en cuanto matizan que la fuerza mayor ha de hacer imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impedir el nacimiento de la que pueda sobrevenir y que para producir la extinción de la obligación atribuible al deudor es necesario que el evento constitutivo de la fuerza mayor se produzca con antelación al momento en que dicho deudor se hubiese constituido en mora, normativa que en su aplicación al motivo de la litis determina la estimación de los motivos primero y sexto del recurso, por cuanto es correcta la tesis de que la Sala sentenciadora en la instancia, desconociendo el contenido del documento constituido por el informe del Ayuntamiento de Berango, no pondera en sus conclusiones fácticas la circunstancia que dicho informe acredita de que el demandado no solicitó la oportuna licencia de obra para la construcción de las casas cuarta y quinta con anterioridad a la fecha del 31 de diciembre de 1974, fecha en que según lo convenido debía haber entregado al actor las tres viviendas en dichas casas radicadas, ya que lo único que solicitó el Ayuntamiento, y ello con fecha 14 de octubre de 1975, fue un informe o certificación sobre la «calificación del terreno».

Y en lo que afecta al motivo sexto, la violación del artículo 1.182 del Código civil por la sentencia impugnada es patente, desde el momento en que la imposibilidad del cumplimiento por el deudor de su obligación de tener entregadas el día 31 de diciembre de 1974 las tres viviendas que habían de radicarse en las casas que no construyó sólo se patentiza en momento muy posterior a la indicada fecha, determinando ello que, exceptuada por el deudor la concurrencia de fuerza mayor que le exoneraba del cumplimiento de la obligación, le incumbía la prueba tanto del hecho del cambio de calificación del terreno a efectos urbanísticos como la de que la circunstancia de que tal calificación había operado en términos que hacían imposible la construcción con anterioridad al día 31 de diciembre de 1974, prueba, la de este último extremo, no efectuada. (Sentencia de 2 de octubre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de una operación muy frecuente, consistente en que el dueño de un terreno, actor en este pleito, lo transmitió a un constructor —simulando una operación de venta—, con la contraprestación a cargo del adquirente de entrega al transmitente de siete viviendas y una lonja de las casas que aquél

proyectaba edificar en el terreno en cuestión. Se pactó que la entrega de estas viviendas y lonja se haría antes del 31 de diciembre de 1974, con pena de una sanción por retraso de mil pesetas por día a partir del 1 de enero de 1975.

Alegaba el transmitente actor que el demandado no había entregado tres viviendas, porque el demandado ni siquiera había iniciado —al momento de la demanda— la construcción del último bloque previsto, al que habrían pertenecido los citados pisos. En consecuencia, se suplicaba la condena al demandado a entregar las tres viviendas que faltaban y, si eso fuera imposible, se sustituyera esa obligación de entrega por su equivalente en dinero. Y subsidiariamente a esta petición, que se declarase la nulidad parcial del contrato, condenando al demandado a devolver el terreno sobre el que no puede construir, con daños y perjuicios. Y había otros pedimentos que no vienen a cuento ahora.

El demandado solicitó la desestimación de la demanda y formuló reconvencción por la que pedía se declarase la resolución parcial del contrato, con devolución al actor del terreno que debía ocupar la casa —no construida— en que se habrían hallado las viviendas no entregadas, pero con la obligación de pago por el actor del importe de las obras útiles verificadas en dicha porción de terreno. Y ello, decía el demandado, porque el Ayuntamiento le había denegado la licencia para edificar la casa en que tales viviendas se hubiesen emplazado, de haberse construido.

El Juzgado estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción, condenando al demandado a satisfacer al actor, en vista de la imposibilidad de entregar las viviendas objeto del pleito, la cantidad de 6.300.000 pesetas, para dar por saldado y finiquitado el contrato.

Apelada la sentencia por el demandado, la Audiencia la revocó y declaró la resolución del contrato únicamente en lo que se refiere a la obligación del demandado y reconveniente de entregar al actor los pisos a construir, condenando en consecuencia a dicho demandado a devolver al actor y reconvenido el terreno sobre el que no pudo construir, en las mismas condiciones en que este último se lo entregó.

El Supremo, como vemos, declara haber lugar al recurso, en base a la doctrina expuesta, y en su segunda sentencia confirma íntegramente la del Juzgado.

(R. de A.)

12. *Cláusula penal: Modificación al amparo del artículo 1.154 del Código civil.*—El recurso sostiene que dicho artículo se refiere a los casos en que «por equidad haya que reducir una cláusula penal establecida de manera desproporcionada y abusiva», siendo así que el precepto contempla el caso en que el deudor haya cumplido en parte o irregularmente su obligación; y entonces el juzgador modificará la pena convenida —lo que hará equitativamente— acreditando un carácter imperativo de la modificación, ajena a la posibilidad de realizarla por razones de equidad, al modo proclamado por reiterada doctrina jurisprudencial, recogida entre otras en las sentencias de esta Sala de 16 de enero de 1910, 31 de octubre de 1922, 31 de mayo de 1948, 19 de mayo de 1958, 3 de febrero de 1973, 27 de marzo de 1974 y 6 de octubre y 23 de noviembre de 1976. Que es justo el supuesto que se examina, pues el deudor cumplió su obligación en parte, sin que se haya alegado que lo hiciese irregularmente, por lo que el juzgador tenía necesariamente que modificar (reducir) la pena fijada, de modo equitativo,

que obviamente queda al prudente arbitrio del juzgador, cuya decisión, justo por ello, no es discutible en casación como pretende el recurrente... (Sentencia de 13 de julio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

13. *Cláusula penal*.—La facultad moderadora de la cláusula penal que establece el artículo 1.154 del Código civil viene atribuida a los Tribunales de instancia y no es revisable en trámite de casación (Sentencias de 4 de julio de 1981, 30 de marzo y 20 de abril de 1983 y 9 de abril de 1984). (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

14. *Créditos salariales* (preferencia).—El plazo para ejercitar el derecho de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescriben tales derechos tanto en un proceso de ejecución universal en el que ocupará para el cobro de su crédito el lugar privilegiado que le corresponda, como en un proceso singular de ejecución, en este último caso por el cauce incidental de la tercería de mejor derecho al objeto de ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante. Esto supuesto, conforme al artículo 32 del Estatuto de los trabajadores (núm. 6) tal privilegio debe ejercitarlo dentro de un año contado en la forma expuesta, es decir, desde el día en que se incumplió la obligación del pago hasta aquél en que se ejercita la acción.

Hay que distinguir, por una parte, la prescripción del crédito, y por otra parte, la prescripción de la preferencia. Así pues, la pervivencia del crédito está supeditada a su reclamación o ejercicio frente al empresario deudor; sin embargo, la preferencia se actúa ora concurriendo al procedimiento concursal, ora procediendo a la ejecución singular formulando la correspondiente tercería, pero tanto en un supuesto como en otro la preferencia se ejercita respecto a los acreedores del deudor, no respecto a éste.

En el caso litigioso, cuando se suscita la mentada tercería ya había prescrito el derecho de preferencia que se invoca por haber excedido del plazo de un año desde que los créditos salariales eran exigibles, de modo que no pueden pagarse con preferencia a los créditos fiscales por los que se sigue el procedimiento de apremio.

Resumiendo el problema, puede estructurarse de la siguiente manera, si la anotación preventiva de embargo, constituye o no un derecho real, y en consecuencia, si el crédito con ella garantizado es o no preferente al salarial; si tal anotación implica la afectación de los bienes objeto de ella al pago del crédito que motivó el embargo, o como dice la doctrina científica un derecho de realización de valor en garantía de la satisfacción del crédito. Hasta el punto de que según el artículo 38 Ley Hipotecaria, el procedimiento de apremio sobre los bienes embargados continúa aunque hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, y si a tenor del artículo 71 de la propia ley, los bienes o derechos reales anotados pueden ser enajenados o gravados, sin perjuicio de derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, es indudable que concurren en la repetida anotación los caracteres de inmediatividad y absolutividad, propios de los derechos reales sobre bienes inmuebles, aunque sus efectos no se asimilen totalmente a los del típico derecho real de garantía, puesto que las referidas anotaciones preventivas no modifican la situación jurídica preexistente a su acceso al Registro, de forma que los créditos contraídos o los actos dispositivos otorgados

con anterioridad no resultan afectados por la anotación, y sí los créditos posteriores a la anotación, de suerte que en el supuesto debe concluirse que los créditos del Estado por los que se sigue el apremio administrativo preventivamente anotados en el Registro, gozarían de preferencia sobre todos los créditos salariales posteriores a dicha anotación. (Sentencia de 25 de septiembre de 1985; ha lugar.) (F. Ll.)

15. *Acción revocatoria o pauliana.*—Debe parecer el motivo quinto del recurso, que imputa a la sentencia impugnada violación del artículo 1.111 del Código civil y «doctrina legal concordante, a cuyo tenor el ejercicio con éxito de la acción revocatoria o pauliana demanda, como condicionante previo de procedibilidad, la infructuosa puesta en práctica de las acciones ordinarias contra el deudor, de suerte que tras ello no le quepa al acreedor otro remedio que éste extraordinario y subsidiario de la revocación»; argumentos no ajustados a los requisitos de la acción de que se trata y más en concreto por lo que toca a la subsidiariedad de su ejercicio con arreglo a los artículos 1.111, 1.291, núm. 3.º y 1.294, porque además de que la realidad de la insolvencia del deudor o la insuficiencia de bienes en su patrimonio es de la libre apreciación del Tribunal de Instancia (Sentencias de 31-3-65 y 9-11-66), y en el caso debatido la Sala afirma sin contradicción eficaz en el recurso que «el perjudicado carece de todo otro medio para obtener la reparación del perjuicio, al no existir la posibilidad de adicionar a la herencia la forma de saldar la deuda por la carencia absoluta de bienes», las directrices jurisprudenciales, al analizar el carácter perjudicial y fraudulento del acto (*eventum damni* y *consilium fraudis* o malicia, según la denominación tradicional), no imponen una previa persecución del deudor para acreditar su insolvencia, sino que prácticamente bastará con hacer hincapié en la falta de bienes racionalmente basada, siempre que en el litigio no se demuestre la inexactitud de tal elemento negativo por conocida existencia de otros distintos a los fraudulentamente enajenados, hipótesis descartable en el caso actual, pues si en cuanto a Don Antonio L. F. aseverada queda su falta de toda solvencia, del recurrente Don Carlos L. B. señala la sentencia combatida que «se le siguió proceso penal por delito de alzamiento de bienes, del que fue absuelto por aplicación del Indulto vigente en la fecha de realización de los hechos», y en cuanto a su esposa Doña Dolores C. F. ningún medio probatorio permite sospechar siquiera que goce de una situación distinta a la de su marido en cuanto a la carencia de bienes, todo lo cual pone de relieve sin asomos de duda razonable que el Banco no dispone de otro remedio para lograr el pago y que ha existido una intencionada y antijurídica disminución de la garantía, con participación de tercero en la maquinación.

Fianza prestada únicamente por el marido (en la redacción anterior del artículo 1.413 del Código civil).—La repulsa ha de alcanzar asimismo a los motivos sexto y séptimo, que se fundan, respectivamente, en la indebida aplicación y violación de los artículos 1.408, núm. 1.º, y 1.413 del Código civil, en su texto derogado, sosteniendo que la garantía prestada al Banco por Don Antonio L. F. es obligación propia que como tal no afecta al consorcio, pues se trata de un acto gratuito, esto es «sin contraprestación onerosa», que no alcanza a otros bienes que los privativos del marido; tesis inaceptable, pues con independencia de que la resolución combatida da por supuesto el asentimiento de la esposa

y el beneficio de la sociedad conyugal al indicar que «la deuda resulta amparada por la sociedad de gananciales ya que ambos cónyuges conocían su existencia», haciendo así inequívoca referencia a una decisión conjunta, la jurisprudencia recaída en la aplicación de aquellos preceptos no dejó de proclamar la superioridad del marido en la dirección de la economía familiar, así como la improcedencia de partir de cualquier sospecha de fraude para los derechos de la mujer, y más en concreto entendió después de la innovación legislativa de 24-4-1958 que no es acto gratuito, a los efectos del régimen de gananciales, el aval o fianza mercantil prestada por el marido con motivo de una póliza de crédito suscrita por una compañía de la que era socio, pues se derivaban beneficios para el patrimonio, a cuyas cargas atendían los rendimientos de la sociedad y en el caso controvertido en el proceso la garantía asumida por Don Antonio L. F. respondió a la que a su vez contrajera el Banco en la operación crediticia contratada por el marido con el Banco «Z» para refuerzo de la industria familiar favoreciendo su desenvolvimiento negocial, todo ello además de que no ha sido entablada acción alguna por la mujer o sus herederos para impugnar el acto dispositivo y sustraer los bienes gananciales en la responsabilidad que se postula.

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al defensor judicial de menores: no procede.—El motivo cuarto se basa en la violación de la doctrina legal sobre el litisconsorcio pasivo necesario, ocasionada por «la circunstancia de no haber sido demandado el defensor judicial de los menores a pesar de postular la accionante la nulidad, la rescisión y en definitiva la ineficacia de una serie de actos u otorgamientos en los que intervino y participó dicha persona para completar la capacidad de los menores y representarlos frente a su padre en vista del interés contrapuesto que con éste tenían»; y tampoco puede prosperar, en primer término porque, como es evidente, no se trata de problema relativo a la correcta formación de la relación jurídica procesal o adecuada integración del «contradictorio», que exigiría preservar el principio de audiencia con relación a quienes ostentan un interés directo y legítimo en la controversia, sino de defender la exigencia de servirse en la situación de que se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (arts. 163 y 299, núm. 1.º del Código civil), lo que excluye todo aspecto de institución permanente para la representación del menor que los recurrentes aplican con desacierto, y de otro lado en modo alguno se originaría la nulidad de lo actuado por oposición económica o de otro orden entre los menores y su padre, pues inspirada la disposición legal en la primordial finalidad de la defensa de los primeros (Sentencia de 15-10-1973), serán las circunstancias de cada supuesto las demostrativas de la contraposición de intereses, ordinariamente surgida cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra (Sentencia de 30-11-1961), de manera que la resolución recae sobre valores que si no fueron atribuidos directa o indirectamente al padre corresponderían o aprovecharían al hijo (Sentencia de 6-11-1934), contraposición que no se produce en el debate origen del recurso, por cuanto aunque los pronunciamientos de la resolución combatida alcanzan también a las operaciones divisorias del caudal relicto de Doña C. B., de la que son herederos su hijo Don Carlos L. B. y sus nietos los hermanos L. C., lo sostenido en el juicio por todos los demandados como tesis común en beneficio

del grupo fue la improcedencia de sujetar los bienes de ese caudal a responsabilidad alguna ante el crédito del Banco, que se vería de consiguiente sin posibilidad de realización por carencia de activo en la herencia de Don Antonio L. F. y en el patrimonio de Don Carlos L. B.

Acumulación de acciones.—El motivo primero del recurso denuncia violación de la «doctrina legal declaratoria de que las acciones judiciales esgrimidas por uno contra varios únicamente son acumulables en el mismo proceso si proceden de idéntico título o causa de pedir», a tenor de las sentencias que se cita, pero en el caso de litis se originó una acumulación indebida por no concurrir las identidades precisas para resolver en el mismo juicio ordinario los distintos debates, que afectan a una pluralidad de personas ligadas por negocios jurídicos diversos; alegación desestimable, pues además de que en definitiva el hipotético vicio de fondo se traduciría en la vulneración de un precepto procesal, de suyo inapropiado para servir de soporte a un recurso de casación sobre el fondo según tiene declarado esta Sala en constante doctrina que hace innecesarias citas concretas, no puede desconocerse que la conexión causal mencionada en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser reconducida a los fundamentos de hecho aducidos por la parte en cuanto definen el acaecimiento básico de la pretensión (Sentencia de 27-12-1947), que por razones de economía procesal y de conveniente examen en un solo litigio justifican el tratamiento unitario y la resolución conjunta, evitando decisiones discrepantes, razón por la cual ya la sentencia de 5-3-1956 propugnó una aplicación flexible de los elementos de tal figura, entendiendo que es admisible la acumulación de acciones a pesar de que el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción de la norma si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los artículos 134 y 157, y no puede ponerse en duda la conveniencia de someter a examen en el mismo proceso la serie de contratos celebrados por los deudores citados y por los subadquirentes, cuando el fundamento primordial (simulación o rescindibilidad por fraude) abarca a todos ellos y el fin perseguido por el tortuoso proceder, burlar la satisfacción del derecho del acreedor, los colorea igualmente. (Sentencia de 12 de junio de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—Para la debida comprensión de la doctrina de los diversos apartados de este extracto es preciso narrar los hechos con cierto detalle.

El Banco «X» formuló demanda contra Doña Carmen F. P., Don Carlos L. B. por sí e hijos menores, Don José Luis B. R., Don José María E. M., Don Manuel C. S. «Cerámica L. S. A.» y Don Germán V. y Doña R. F. B., suplicando demanda por la que se declarase la nulidad de: 1. Escritura de 15-10-70, por la que Don Antonio L. F., por la que vendió y cedió a título oneroso los derechos, cuota indivisa, que le correspondían en el patrimonio ganancial en liquidación por el fallecimiento de su esposa, a «Cerámica L., S. A.». 2. Escritura de 23-10-70, por la que el mismo señor dice vender a Doña Carmen F. P. unas fincas. 3. El acta de 18-12-71, protocolizando las operaciones divisorias de la herencia de Doña Carmen B. F., esposa de Don Antonio L. F. 4. Escritura de 27-1-72, por la que el gerente de la sociedad «Cerámicas L. S. A.» aclara y especifica que los bienes que constituyen la cesión onerosa o venta a que se refiere el pedimento 1 son los detallados en el hecho 5.º de la demanda. 5. Escritura de 1-4-72, por la que Don Carlos L. B. y Don Eduardo C. M., el primero por sí y el segundo en nombre y representación, como defensor judicial, de los menores C., J., C., y E. L. C. ratifican y convalidan la escritura aclaratoria anterior. 6. Es-

critura de 10-6-72, por la que las fincas números 1 a 7 y 9 de la demanda fueron adjudicadas en pleno dominio por cuartas partes indivisas a los cuatro citados menores hermanos L. C., una vez practicada la división material con «Cerámicas L. S. A.». 7. Escritura de 9-12-72, por la que los cuatro hermanos L. C. venden las fincas del apartado anterior a los demandados Don León C. L. (por cierto, no citado en el encabezamiento de la demanda, según el Resultando primero de esta sentencia) y Don Germán V. 8. La escritura otorgada por Doña Carmen F. P. en favor de Doña Rosa F. B., asistida de su esposo Don Vicente C. C. 9. El auto de 8-6-71, del propio Juzgado, por el que se ordena la protocolización de las operaciones particionales de Doña Carmen B. F. 10. Y nulas también las ventas de las acciones de «Cerámicas L., S. A.» celebradas en favor de los demandados Doña Carmen F. P., a Don Manuel C. S. y a Don José María E. M. Y que asimismo se declarasen nulos y sin efecto alguno los asientos registrales del Registro de la localidad de V., en relación con cada una de las fincas comprendidas en las escrituras antes citadas. Subsidiariamente, si no se declarase la nulidad de las transmisiones, que se dé lugar a la acción de rescisión de las mismas, ordenando la nulidad de los asientos registrales, con restitución de las fincas a los transmitentes.

A pesar de todo, creemos preciso reproducir el primer Considerando de la sentencia, que facilita la comprensión de lo que se debatía:

«CONSIDERANDO: Que para llegar a la declaración de ineficacia, frente al Banco acreedor y recurrido, bien por simulación absoluta o conceptuándolos rescindibles por fraudulencia, los sucesivos negocios impugnados que arrancan en su desarrollo de la escritura de 15-10-1970, mediante la cual Don Antonio L. F. transmitió a título oneroso a "Cerámicas L. S. A." la cuota que le correspondía en el patrimonio ganancial en trance de liquidación por fallecimiento de su esposa Doña Carmen B. F., actos dispositivos proseguidos por el único hijo de ambos esposos y recurrente Don Carlos L. B., la Sala de instancia sienta los siguientes hechos, que han de ser resaltados del conjunto de antecedentes por su relevancia en el planteamiento del conflicto: Primero) Garantizada por el Banco "X" hasta un límite de seis millones quinientas mil pesetas la devolución de la suma prestada por el Banco "Z" al nombrado causante Don Antonio L. F., a su vez éste, en unión de su hijo Carlos L. B. y de su nuera Doña Dolores C. F. se obligaron, en carta intervenida por Corredor de Comercio, a reintegrar al Banco "X" las cantidades que esta entidad tuviese que satisfacer por razón de la garantía expresada; y cumplida por el Banco fiador la obligación principal al no haberlo hecho el prestatario, fue desatendido el requerimiento notarial para el reintegro efectuado por aquél a los garantes solidarios, resultando igualmente infructuosas las diligencias preparatorias de ejecución promovidas por el Banco "X" contra Don Antonio L. F., Don Carlos L. B. y Doña Dolores C. F., al no haber reconocido la autenticidad de la firma ninguno de los interesados. Segundo) Seguido juicio declarativo por el Banco "X" contra Don Antonio L. F. en reclamación del principal e intereses, las sentencias de ambas instancias, íntegramente estimatorias de la demanda, alcanzan en sus efectos a Don Carlos L. B., hijo único y heredero del demandado, pues se operó sucesión procesal por óbito del progenitor en el curso del litigio. Tercero) Como consecuencia de la cadena de enajenaciones, simuladas o rescindibles, llevadas a cabo por Don Antonio L. F. y por Don Carlos L. B., apoderado de su padre y factótum de "Cerámicas L. S. A.", que incluso alcan-

zaron a las acciones que al primero correspondían en la compañía, la entidad bancaria actora no cuenta con bienes obrantes en el patrimonio del *de cujus* o en el de su hijo para lograr la satisfacción de su crédito, vacuidad económica que justifica el ejercicio de las acciones entabladas.»

La sentencia de la Audiencia había estimado las pretensiones del Banco actor, salvo en lo concerniente a la adquisición de seis fincas en la que eran compradores los hermanos Don León y Don Germán V., de nacionalidad belga, adquirentes de buena fe tabularmente protegidos. (R. de A.)

16. *Novación: Requisitos.*—A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.204 del Código civil, la novación en sentido propio, con su efecto específico de sustituir la antigua obligación por la nueva, requiere el *animus novandi* en forma de declaración de voluntad encaminada a tal designio, o bien la existencia de incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias (Sentencias de 29-1 y 7-6-82), pero es evidente que mal podrá existir sustitución expresa ni tácita cuando falta tanto la *stipulatio novatoria* como el *aliquo novi* o creación de un nuevo resultado por alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva, como acontece cuando únicamente se han librado cambiales o suscrito otros documentos para el pago de la deuda (Sentencia de 4-6-85) o se han reforzado las garantías en beneficio del acreedor prestamista (Sentencia de 28-3-85), por lo mismo que la significación económica de lo convenido con esa concreta finalidad excluye la posible concurrencia de los presupuestos determinantes de aquel sustitutorio; razones que con toda claridad imponen la desestimación del motivo inicial del recurso, que al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal denuncia violación por no aplicación de los artículos 1.203, núms. 1.º y 2.º, y 1.206 del Código civil, pues además de que es cometido de la Sala de instancia apreciar la base fáctica de la novación (Sentencias de 16-2-83 y 28-3-85), rechazada en este caso por el Tribunal *a quo* sin censura por la vía conducente, es manifiesto que la circunstancia de que el recurrente don Manuel María C., en su condición de director gerente de la deudora principal I. librase dos talones contra la cuenta corriente de esta entidad para el pago de la deuda —no logrado por carencia de fondos, según se dijo—, no elimina la intervención como avalista de ambos demandados ni tampoco persiguió modificar el vínculo nacido del préstamo a tal entidad, o la función del negocio, sino que, bien al contrario, tales documentos entregados sin cobertura cabalmente iban dirigidos en apariencia al cumplimiento de la prestación a que venía obligada la sociedad prestataria.

Aval prestado por el marido solamente.—3. Como recordó la Sala en Sentencia de 15-5-84, atribuida por la normativa anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, la administración de la sociedad de gananciales al marido como facultad exclusiva (artículo 1.412) aunque con poder de disposición limitado en la hipótesis del artículo 1.413, a diferencia del sistema vigente basado en el criterio de la administración conjunta y del consentimiento dual, los bienes comunes respondían de las obligaciones contraídas por el varón actuando en servicio del consorcio, siempre que le haya movido el interés de la familia, presunción normal que admite prueba en contrario, y tal resolución, seguida por la de 12-6-85 y con precedente en las de 11-4-72 y 6-10-80, entendió que el aval prestado por el marido no debe ser conceptuado de operación a título gratuito cuando busca facilitar el desarrollo de una sociedad en la que ocupa posición relevante, sin olvidar, de otro lado,

que con anterioridad a la Ley de 2 de mayo de 1975, al marido le correspondía representar a la mujer tanto en los actos judiciales como extrajudiciales (artículo 60 del Código civil).

Lo expuesto determina la improcedencia del motivo segundo del recurso, que por la misma vía procesal aduce violación de los artículos 63 y 1.413 del Código civil, en su redacción al tiempo —24 de diciembre de 1974— de creación de la letra y firma del aval, pues sobre que aquel precepto no excluía entonces la representación de la mujer por su consorte, aun sin mediar apoderamiento, es de advertir que según la regulación legal en aquella data, contenida en los artículos 1.412 y 59, el marido es el administrador de la comunidad de gananciales con facultades para obligar su patrimonio (artículo 1.408) mediante actos o negocios onerosos, por sí y en su nombre, sin necesidad de aparecer como gestor del conjunto ante terceros, aunque sin perjuicio de los mecanismos legales de defensa del otro cónyuge (artículo 1.413 del propio Código y 144 de la Ley Hipotecaria) en los supuestos de perjuicio, fraude o contravención de las previsiones de la norma, por estar la gestión referida al interés de la familia (Sentencia de 19-2-82), como se indicó; y además de que en el caso de litis la mujer no ha impugnado la actuación marital, la jurisprudencia tiene advertido que es inadecuado partir de cualquier sospecha de fraude para los derechos de la esposa en la actividad de su cónyuge (Sentencias 7-6-82; 28-2-75 y 12-6-85).

Costas: Apreciación de temeridad.—Una jurisprudencia reiterada enseña en línea uniforme que la apreciación de existencia de temeridad a los efectos de la imposición de costas no se halla sujeta a preceptos concretos o a doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción singularmente previstos, sino que viene confiada al discrecional y prudente arbitrio del juzgador de instancia, no susceptible de ser revisado en casación, máxime cuando queda incólume el estado de hecho en que la Sala basó su juicio crítico. (Sentencia de 21 de diciembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

17. *Contratos civiles y contratos administrativos: Quinielas futbolísticas.*—Es evidente que el problema de la calificación de los contratos como de Derecho privado o administrativo, cual reconocen la doctrina científica y jurisprudencial, constituye una de las cuestiones más comprometidas en ambas ramas de la enciclopedia jurídica, especialmente en aquellos casos que como el presente la línea fronteriza entre ambos campos del Derecho se manifiesta tan imprecisa, dificultades que se ponen de relieve en el acogimiento que por los Tribunales de uno y otro orden jurisdiccional se hace de la cuestión relativa a las llamadas quinielas futbolísticas del Patronato de Apuestas Mutuas Deportivo Benéficas, cuando el tema de la competencia jurisdiccional no se plantea por ninguna de las partes intervinientes (Sentencias de la Sala Primera de 25 de septiembre de 1957 y de la Sala Tercera de 14 de noviembre de 1983).

La posición de predominio de la jurisdicción civil sobre la contencioso-administrativa y la subsiguiente absorción del conocimiento de la generalidad de la temática contractual entre entidades públicas y particulares por la primera peca hoy de anticuada (Sentencia de 30 de octubre de 1983) y ha sido sustituida por la que según doctrina más usual se denomina «modulación del contrato por la administración» (Sentencias de 11 de mayo de 1982 y 7 de noviembre de 1983), a tenor de la cual, la naturaleza iusprivatística o administrativa de un negocio

jurídico viene determinada por la «intensidad de la actuación de la Administración», a lo que debe agregarse la finalidad perseguida por el contrato en cuestión, esto es, si afecta directa e inmediatamente al interés privado o al público, y también, al menos en cierto modo, la circunstancia de que alguna de las partes intervinientes en el negocio jurídico sea o no la Administración o alguno de sus entes y lo hagan en el campo específico de su cometido (Sentencias de 30 de octubre y 7 de noviembre de 1983), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de Contratos del Estado.

Así esbozada la línea actual en materia de contratación tanto del Estado como de las demás entidades y organismos públicos y entes estatales autónomos, se hace preciso un nuevo paso, el relativo a determinar tanto la naturaleza del contrato cuestionado, consistente, como queda dicho, en un boletín múltiples de apuestas futbolísticas, como del Patronato a cuyo cargo están referidas, aquí recurrente.

A continuación, la Sala examina la naturaleza del «contrato de apuesta» que en este caso existe, remarcando la «modulación del contrato por la Administración» y su carácter de contrato de adhesión.

Pone luego de manifiesto la Sala la inaplicabilidad al caso de la norma 60 de la Resolución de 2 de agosto de 1975, que declara que «si se promoviere litigio ante los Tribunales de Justicia por la titularidad de un boleto premiado...», precepto que se dice está pensado únicamente para resolver problemas de Derecho privado, cuales son los relativos a la *titularidad* de un boleto (esto es, entre dos apostantes).

La Sala declara que de la norma 62 de dicha Resolución se desprende que el conocimiento de cuestiones como la presente se proyecta sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

A renglón seguido, la Sala analiza la naturaleza del organismo a cuyo cargo corren estas apuestas, poniendo de relieve que se trata de una Entidad Estatal Autónoma, figura de la que se dice que no es una persona independiente del Estado, ya que se encuentra incardinada en él a través del mecanismo jurídico de la tutela.

Por fin, se examina la cuestión desde el punto de vista de la legislación reguladora de la contratación estatal.

En cuanto al argumento invocado por la sentencia del Juzgado, que desestimó las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de falta de reclamación previa en vía gubernativa, formuladas por el Abogado del Estado, argumento consistente en aducir que el artículo 8.º del Reglamento General de Contratación del Estado se refiere a los contratos típicos de Derecho civil y mercantil que por no hallarse incluidos en los supuestos prescritos en los artículos 6.º y 7.º no deben tener carácter administrativo, dice la Sala que «tampoco puede servir de base para atraer la competencia a la jurisdicción ordinaria civil, en cuanto si bien, cual se ha dicho, el contrato de apuesta aparece genéricamente regulado en los artículos 1.799 y 1.801 del Código civil, también lo está expresa y especialmente el aquí discutido en la normativa administrativa, que precisamente por razón de dicha especialidad ha de prevalecer». (Sentencia de 11 de julio de 1984; ha lugar.)

NOTA.—De la lectura de este inevitablemente largo extracto se deduce fácilmente que se trataba de la reclamación formulada por un apostante contra el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivo Benéficas, solicitando el pago de un premio que alegaba haber obtenido.

El Abogado del Estado invocó la excepción de incompetencia de jurisdicción, alegando la de la contencioso-administrativa, además de argumentos sobre el fondo.

El Juzgado estimó la demanda, si bien reduciendo la cuantía de la cantidad solicitada. La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo, como vemos, declara la incompetencia de la jurisdicción civil, con estimación de la excepción propuesta por el Abogado del Estado.

(R. de A.)

18. *Buena fe*.—Se entiende por la sentencia en la doble acepción de límite intrínseco en el ejercicio del derecho (artículo 7.º C. c.) y de conducta coherente con el vínculo que a las partes liga, según ese principio de *bona fides* que ha de acompañar a toda la actividad de los contratantes de conformidad con lo pactado, proporcionando la orientación rectora para el cumplimiento de lo convenido.

Presunciones.—Con arreglo a una doctrina jurisprudencial constante, la vulneración del artículo 1.253 C. c. exige a efectos de la casación que el resultado obtenido en la operación deductiva por el Tribunal *a quo* deba conceptuarse absurdo, ilógico e inverosímil, de modo que la formación del nexo entre el hecho básico y su consecuencia se haya efectuado prescindiendo de las reglas de un prudente criterio, llegando a conclusiones reñidas con la recta razón. (Sentencia de 12 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

19. *Interpretación de los contratos*.—No es correcta la operación interpretativa consistente en limitarse a consideraciones reiterativas de las formuladas en la instancia, en vez de aducir actos de los contratantes coetáneos y posteriores (artículo 1.282 del Código civil), que hacen supuesto de la cuestión debatida y se fundan en distintos hechos de los que el juzgador estimó probados. (Sentencia de 10 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

20. *Ilícitud de la causa*.—El mandato para enajenar bienes inmuebles urbanos, conferido en virtud de especiales relaciones de confianza, no adolece la causa ilícita que pretende hacerse consistir en encomendar la ejecución de operaciones reservadas a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y prohibidas a quienes carezcan de esta titulación, cumpliéndose así lo exigido en el artículo 1.275 del Código civil. (Sentencia de 4 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

21. *Resolución de los contratos al amparo de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil*.—Es doctrina mantenida con reiteración por esta Sala, tanto para los supuestos de ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.504 del C. c., en el supuesto de venta de bienes inmuebles, como en el que con carácter genérico otorga el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, en el caso de obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida, no es bastante un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendente importancia pueda justificar la resolución (Sentencias de 15 de abril y 19 de mayo de 1981, 15 de abril de 1982, 7 de marzo y 5 de mayo de 1983 y 7 de marzo y 25 de mayo de 1984. (Sentencia de 20 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Quizá más importante que este pronunciamiento, ya conocido por reiterado, es el hecho de que la sentencia de la Audiencia había hecho aplicación práctica del mentado principio (cosa que no siempre se conoce bien mediante las

resoluciones del Supremo) en base a que lo que la compradora debía al actor era la suma de 70.000 pesetas más intereses, por lo que el Tribunal *a quo* concluye que no existe voluntad reiteradamente rebelde por parte de aquélla, sino simple retraso, dado que los otros cuatro vendedores (el actor había enajenado su quinta parte) percibieron su parte del precio y sí una negativa del propio actor a recibir el resto aplazado, referido a su quinta parte, entendiéndose que carecería de «sentido lógico» la falta de pago voluntario de tal resto, ante la magnitud de la unidad industrial montada sobre las parcelas enajenadas, que, excluido su valor, alcanza la suma de más de 47.000.000 de pesetas, como la prueba pericial acreditó.

Parece que en la Sala *a quo* jugó, de un lado, la insignificancia de lo debido en relación con los intereses globales de la compradora demandada de resolución, y de otro, la presunción de que, precisamente por ello, debía entenderse que lo ocurrido era que el vendedor demandante no había querido recibir esa pequeña suma que se le adeudaba y por cuyo impago solicitaba la resolución. (R. de A.)

22. *Resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas.*—La voluntad de una de las partes, rebelde al cumplimiento de lo pactado, determina el efecto resolutorio del artículo 1.124 del Código civil, por haberse manifestado en la negativa a atender las reclamaciones de la parte perjudicada, sin intentar siquiera su rectificación, en no contestar a los requerimientos efectuados, en no recurrir a la consignación del precio que se estimaba adeudado y en la constancia de haberse aceptado inicialmente el precio que luego se discute.

Validez del requerimiento hecho al marido.—El requerimiento de pago hecho por el vendedor al marido comprador, sin extenderlo a la mujer, es válido y suficiente, pues dicho cónyuge era el administrador de la sociedad cónyugal y la de gananciales a tenor de los artículos 59 y 1.412 del Código civil. (Sentencia de 11 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

23. *Eficacia de los contratos.*—La exención de responsabilidad del contratista, que convino la ejecución de la obra con el propietario, se circunscribe, según el artículo 1.257 del Código civil, a la relación entre ambos y no afecta a los contratos que dicho dueño haya celebrado con terceras personas. (Sentencia de 15 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

24. *Cumplimiento de contrato.*—La cuestión se centraba en que no se concluyó completamente la construcción de la finca, puesto que según el proyecto del arquitecto consta que la edificación estaría dotada de ascensor con sus elementos accesorios aludiendo a ello en los documentos privados que suscribieron las partes; sin embargo, no se dice nada en las escrituras públicas al respecto, sin que esto fuera óbice para entender que existe una verdadera obligación implícita integrada en el contrato de modo natural. Además, de dicho silencio no podemos deducir una inequívoca y explícita renuncia, ya que si bien cabe renuncia tácita, ha de coexistir en ella esa nota de precisión y univocidad. Puede decirse que en el supuesto la resistencia del vendedor raya en la mala fe, o la menos sin ajustar su conducta al principio de buena fe que como norma introduce el artículo 1.258 en armonía con el núm. 7 del Código civil al frustrar la confianza de los otros contratantes compradores en su conducta, lógica y razonablemente esperada, en cuanto natural y usual es confiar en el cumplimiento completo del contrato. La prestación omitida es una consecuencia constitutiva y necesaria para el fin querido por las partes, es decir, del inmueble adquirido, no es más que estar al artículo 1.091 del Código civil que obliga a estar a lo convenido. (Sentencia de 15 de julio de 1985; ha lugar.) (F. Ll.)

25. *Simulación*.—Una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que la simulación de un contrato ha de fundarse sobre hechos que son de la apreciación del Tribunal de Instancia, y sus decisiones al respecto, por lo general, sólo pueden impugnarse en casación con documentos o actos auténticos y alegándose error de hecho que evidencia la equivocación del juzgador (Sentencia de 22 de junio de 1962).

Una vez apreciado que el contrato ha sido simulado, nada significa en contrario ni puede desvirtuar la eficacia de esta apreciación el hecho de estar otorgado ante Notario, porque la eficacia en materia de contratos no alcanza a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque éste y aquélla escapan a la apreciación notarial (Sentencia de 6 de abril de 1962).

Juez competente: Sumisión tácita.—El hecho de solicitar prórroga después de personado el demandado implica una gestión a los efectos de entender que por ella se somete tácitamente al Juzgado que lo emplazó, siempre que no se plantee en forma o al menos se anuncie la proposición de cuestión de competencia por declinatoria. (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

26. *Contrato de compraventa: Determinación del precio a tenor de los artículos 1.447 y 1.448 del Código civil*.—La sentencia del Supremo (repárese en que esta manifestación es del autor de este extracto) no tiene especial relevancia, como no sea por el hecho de que la de la Audiencia había estimado —*por vía de presunciones*— que el precio pactado para la venta de manzanas había sido «el que resultara como media de la comarca a lo largo de la temporada».

La Sala Primera pone especial acento en advertir que la presunción utilizada por la Audiencia no había sido combatida en casación, por lo que concluye —con acierto, sentada esa premisa— que tal forma de determinar el precio no vulnera, sino que se ajusta, a las previsiones de los citados artículos 1.447 y 1.448 del Código civil, por existir una referencia concreta y oficial de los precios a través de los boletines agrarios. Y a tal efecto, para relacionar el caso con el supuesto de bolsa, feria o mercado a que se refiere el artículo 1.448, la Sala invoca la regla de la analogía del artículo 4.º.1 del mismo Código.

Lo particular de la sentencia no se halla en ella en sí, sino, como decíamos, en la de la Audiencia, por cuanto que la certidumbre del precio (determinado o determinable) se extrae por el Tribunal *a quo* de la prueba de presunciones —según dice el primer Considerando del Supremo—, lo que desde luego es situación original y poco frecuente. Aunque ciertamente no imposible, atendido el carácter de prueba —una más— que la de presunciones reviste. (R. de A.)

27. *Compraventa de viviendas de protección oficial: Sobreprecio. Nulidad de la cláusula de precio, no del contrato*.—Reitera la doctrina de que las normas prohibitivas de percepción de sobreprecio en estas viviendas tienen carácter imperativo e inderogable por la voluntad de los particulares, hasta el punto que su contravención determina la nulidad del pacto por el que se señaló el sobreprecio respecto al de la cédula de calificación definitiva, añadiendo que la misma regla se aplica a promotores que a adquirentes de esas viviendas, puesto que ambos gozan de ventajas o beneficios.

Ello no determina la nulidad total de la convención, sino únicamente la del

particular o cláusula en que se fijó el precio superior, al haber admitido tanto la doctrina como la jurisprudencia la posibilidad de coexistencia en un mismo contrato de pactos válidos y pactos nulos.

Constitución: Jerarquía normativa.—La garantía de la jerarquía normativa sólo puede entrar en juego cuando una norma legal contradiga lo dispuesto en otra de rango superior, lo que no sucede en el caso del litigio, pues ni la Constitución establece que el derecho a la propiedad pueda ejercerse sin limitaciones, ni el Código civil lo define así en su artículo 348, al hacer expresa referencia a «las limitaciones establecidas en las leyes», limitaciones absolutamente justificadas por quien se acoge voluntariamente a disposiciones legales que comportan unos beneficios, con la aceptación de la contraprestación que se le exige para disfrutar de los mismos...

Las limitaciones de la legislación de viviendas de protección oficial afectan a los sucesivos transmitentes, no sólo a los promotores.—Carece de consistencia la argumentación de que las disposiciones prohibitivas de la percepción de sobreprecio sólo afectan a los promotores-constructores y no a sus sucesivos transmitentes, pues ello equivaldría a que los beneficios tributarios de que éstos disfrutaban quedaran sin la correspondiente contraprestación, precisamente establecida en interés de la comunidad. (Sentencia de 20 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

28. *Suspensión del pago del precio en el contrato de compraventa.*—La interpretación del artículo 1.502 del Código civil no tiene en cuenta el hecho de la reivindicación y sí el temor de que el posible ejercicio de esa acción pueda causar al comprador, siendo dicho precepto inaplicable si el adquirente conocía las causas obstativas al celebrar la compraventa o aunque la finca no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor. (Sentencia de 22 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

29. *Resolución del artículo 1.504 del Código civil.*—Según constante jurisprudencia, la resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de inmuebles con arreglo al artículo 1.504 del Código civil, modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones bilaterales, descansa sobre el presupuesto del requerimiento preceptivamente requerido por aquella norma, además del elemento básico de la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del contratante contra quien la acción se ejercita, bien entendido que la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informado de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del pago contraviniendo la obligación asumida, de no mediar circunstancias singulares denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de prestación, que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas. (Sentencia de 19 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

30. *Obras modificativas de la configuración del local de negocio.*—La configuración de un local tiene que estar referida a la forma del recinto comprendido dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio tanto en sentido vertical

como horizontal, toda alteración en la traza de tales elementos que le dan peculiaridad física entraña modificación en la figura, que se producirá a los efectos de la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En el local de que se trata se habían realizado importantes obras para acomodarlo a otro tipo de actividad mercantil desarrollada durante varios años y de que en el contrato de arrendamiento fueron prohibidas a la arrendataria las alteraciones en la forma sin el indispensable consentimiento de la arrendadora. En el caso litigioso el contrato de arrendamiento prohíbe a la arrendataria realizar obra alguna sin permiso del propietario. Puede concluirse por tanto que la arrendataria no tiene amplias facultades para efectuar cuantas alteraciones tuviera por conveniente demoliéndolas a su albedrío. (Sentencia de 27 de septiembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La arrendataria ha realizado obras modificativas de la configuración del local de negocio, atribuyendo trascendencias a los fines de la acción ejercitada a la supresión de la mampara de división formada por marco con cristal traslúcido y panderete enlucido de yeso, con la colocación de techo de placas de fibras sujetas al forjado antiguo disminuyendo la altura, máxima cuando la arrendataria no cuenta con el consentimiento de la arrendadora para proceder a tales innovaciones, sin duda esenciales y sensible y no accidentales y de detalle (F. Ll.)

31. *Arrendamientos urbanos. Resolución por obras incontestadas: La reconstrucción del tabique derribado no es equiparable a la puesta a disposición del arrendador de la cantidad necesaria para volver la cosa arrendada a su primitivo estado, que se contempla en el párrafo 2.º del artículo 114-7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*—La pretensión central del motivo 2.º de que la restitución de las cosas a su anterior estado —reconstrucción efectuada del tabique— produce, en el caso presente, igual efecto excluyente de la resolución del contrato, que la puesta a disposición del arrendador de la cantidad necesaria para volver la cosa arrendada a su primitivo estado, prevista en el párrafo 2.º del artículo 114, 7.º de la LAU, es tesis rechazable por cuanto la situación contemplada por la normativa legal que el recurrente reputa infringida no se refiere ni guarda analogía alguna con la resultancia de hecho sobre la que la sentencia de instancia proyecta sus razonamientos, como se aprende de la simple lectura del precepto invocado en el recurso, cuya aplicación al caso actual de realización de obras incontestadas en local de negocio con alteración de su configuración no es posible sin una interpretación extensiva y correctora del texto legal, de todo punto inaceptable. (Sentencia de 25 de abril de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Como es fácil de imaginar, la Sala de instancia había declarado resuelto el contrato de arrendamiento de un local de negocio por derribo de un tabique de separación de dos dependencias, efectuado por el arrendatario sin autorización del arrendador.

El arrendatario recurrente, en el citado motivo 2.º, alegaba que, al no recibir por escrito la autorización verbal que afirmaba habersele dado —sin que lo probara, desde luego— repuso el local a su anterior estado, levantando el tabique a sus expensas. (R. de A.)

32. *Arrendamiento: Acción del arrendatario contra el tercero perturbador.*—Si bien el arrendatario tiene acción directa contra el tercero perturbador de mero hecho en el uso de la finca arrendada, no se considera que exista perturbación

cuando el tercero obre en virtud de un derecho que le corresponde, pues, en tal hipótesis, es el arrendador el que, en virtud de la obligación de garantía que le impone el artículo 554 del Código civil, aplicable a todos los supuestos de arrendamiento, debe realizar los actos o ejercitar las acciones para mantener al arrendatario en el goce pacífico de lo arrendado, con la consiguiente responsabilidad indemnizatoria, cuando proceda, en caso de no conseguirlo. (Sentencia de 10 de junio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

33. *Arrendamientos urbanos: Elevación de renta por cláusula de revisión: Irretroactividad.*—Previa declaración de validez de la cláusula transcrita, se establece el derecho de la arrendadora a percibir la renta actualizada, pero sólo a partir del 1 de octubre de 1981 (con la legal referencia al Real Decreto de 12 de febrero de 1981) y en el básico fundamento, para negar el derecho a la percepción de las rentas actualizadas o revisadas de cada año, de estar ello impedido por la terminante preceptiva legal contenida en el artículo 101 de la vigente ley arrendaticia.

No puede negarse la correcta aplicación del citado artículo 101 de la L.A.U., primero por su expresión terminante, sin distinción de causas de aumento de renta; segundo porque está, como norma, incluida en la misma subsección 2.ª del capítulo IX de la Ley en la que figura el artículo 98 (que es el que autoriza el aumento o la reducción de rentas por acuerdo de las partes) y, finalmente, porque si bien es cierto que la cláusula de revisión exime del requerimiento ello no quiere decir sino que, en efecto, no será preciso el mismo para que tenga virtualidad respecto de la otra parte, justamente porque la revisión opera anualmente, es decir, por períodos de un año, lo que implica que su no ejercicio o no reclamación —del aumento en este caso— de la renta revisada es en verdad un abandono o renuncia al mismo, pues entender lo contrario sería favorecer la inseguridad jurídica contractual, y en otro aspecto, autorizar o consagrar un ejercicio anómalo del derecho (art. 7.º del C. c.) por parte de quien deja transcurrir los años (que aquí podrían suponer 15, por la prescripción del derecho en cuestión) para luego ejercitar el derecho extemporáneamente, colocando al deudor arrendatario ante la realidad de una deuda o prestación excesiva, impensada o no esperada y sumamente gravosa, frustrando así la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra y que el Derecho debe respetar. (Sentencia de 19 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La arrendadora había dirigido una carta a la arrendataria el 12 de mayo de 1976 (el contrato era de 1-2-1975) recordándola el incremento anual resultante de la cláusula de revisión, carta contestada negativamente por esta última al cabo de un año. Luego la arrendadora no hizo notificación, requerimiento ni reclamación formal o informal hasta la fecha del acto de conciliación, celebrado el 11-9-1981, en cuya papeleta se reclamaba a la arrendataria la suma de todos los aumentos producidos durante las anualidades de 1976 a 1981, inclusive. (R. de A.)

34. *Arrendamiento de industria: Presunción de que el arrendatario recibió la cosa en buen estado y otros extremos.*—CONSIDERANDO: Que frente a la sentencia condenatoria de los demandados al pago de la merced arrendaticia adeudada y de las cantidades correspondientes a los distintos conceptos integran-

res de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se postula, hasta un total de 1.202.434 pesetas, el primer motivo del recurso, formalizado por el único arrendatario comparecido en el litigio, denuncia por la vía del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal error de derecho en la apreciación de las pruebas y concretamente violación del artículo 632 de la propia Ley referente a la valoración de la prueba de peritos, de la que se desprende, en criterio del recurrente, que «el arrendador no cumplió con su obligación de entregar la cosa locativa en condiciones para servir a la finalidad pactada, incumpliendo por tanto el negocio jurídico, tanto en lo concerniente a las instalaciones más fundamentales del edificio, cuanto a las piscinas y enseres del mismo»; impugnación que no puede prosperar, por las siguientes razones: Primera) Es constante la doctrina jurisprudencial a cuyo tenor la ponderación de los dictámenes o informes técnicos, que viene entregada a la prudencia de los juzgadores de instancia sin otra orientación que las pautas de la sana crítica conforme a lo prevenido en dicho precepto de la Ley Adjetiva, queda sustraída a la censura de la casación, por lo mismo que se trata de un medio de convicción cuyo valor probatorio es de apreciación libre y no tasada, lo que lleva a entender que la norma supuestamente infringida no contiene regla sustantiva alguna de prueba sino sólo un elemento ilustrativo para el sentenciador, apreciable según su recto arbitrio. Segunda) Según el artículo 1.562 del Código civil, formulado para el momento de la restitución pero aplicable también a la entrega, a falta de expresión del estado de la finca al tiempo del arrendamiento, la Ley presume que el arrendatario la recibió en buen estado, salvo prueba en contrario; y en el caso debatido el arrendador no sólo está favorecido por tal presunción e incluso por la de culpabilidad del locatario establecida en el artículo 1.563, sino que en el inventario se vierten expresiones categóricas alusivas al buen funcionamiento de todos los elementos integrantes de la industria arrendada («todo el material de piedra, perfecto y sin tara, cristal y duralex perfecto y sin tara alguna todo el material de vajilla en perfecto estado, todas las máquinas se encuentran en perfecto estado de funcionamiento y conservación», etc.), aserto que en términos generales aparece en la cláusula séptima del contrato, donde «los arrendatarios manifiestan que el inmueble, mobiliario y utillaje arrendados, integrantes del Hostal X, se encuentran en perfecto estado de conservación y funcionamiento, recién repasados de albañiles tejados, carpintería y pintura, tanto interior como exterior». Tercera) El increíble aspecto de suciedad y abandono puesto de relieve por las actas notariales y la diligencia de lanzamiento («se encuentran ratas muertas, incluso en los frigoríficos», hace constar el organismo ejecutor), así como los restantes datos indicados, claramente denotadores de que los arrendatarios han conculcado de la manera más abierta las obligaciones de adecuado uso y conservación de la cosa impuestas por el número segundo del artículo 1.555, en modo alguno se desvirtúan por el informe de un Aparejador sobre las «posibles» deficiencias de alguno de los elementos materiales de la empresa al comienzo de la locación, poco acorde con las declaraciones de los arrendatarios al contratar, máxime tratándose de personas expertas en el negocio emprendido.

CONSIDERANDO: Que desestimable igualmente el motivo tercero, que por el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal y con la misma base dialéctica acusa la infracción de los números primero y segundo del artículo 1.554 del Código civil, en relación con los artículos 1.124 y 1.100 del propio Cuerpo

legal, alegando que «ha existido un claro incumplimiento negocial por parte del arrendador al no entregar la cosa en condiciones de servir a la finalidad pactada», ha de ser reclamado asimismo el motivo segundo que amparado en el ordinal séptimo imputa a la resolución combatida error de derecho en la apreciación de la prueba «y concretamente de la documental pública con infracción del artículo 1.218 de la Ley sustantiva civil», hallando el vicio en el juicio crítico de la Sala *a quo* «al no valorar convenientemente las actas notariales acompañadas con el escrito de contestación a la demanda»; pues sobre que no se precisa cuáles pasajes de esos documentos públicos pugnan con los argumentos de la sentencia combatida, el Tribunal de instancia pudo valorar lo captado por el Notario de *visu et sensibus suis* en el conjunto de los valiosos datos que todo lo actuado proporciona, cuando además los desperfectos que la observación del fedatario indica, realizada en 5 de julio de 1977, esto es, cuanto el contrato llevaba seis meses de vigencia, bien pudieron obedecer a una falta de diligente uso por los arrendatarios. (Sentencia de 25 de junio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

35. *Arrendamiento de industria: La pérdida de la cosa arrendada y el artículo 1.563 del Código civil.*—Inmovible en casación la realidad fáctica establecida en la instancia, de que el arrendatario demandado no ha aportado prueba en contrario que destruya la presunción de responsabilidad que el artículo 1.563 del Código civil le atribuye, los dos restantes motivos han de perecer, dado que la claridad de los tales preceptos atribuye la responsabilidad del deterioro o pérdida de la cosa arrendada al arrendatario, en su condición de tal, en el primero de los preceptos (art. 1.563), y como deudor de la prestación en el segundo, «salvo prueba en contrario», con exclusión del caso fortuito, de ahí que al hacer la Sala la atribución de responsabilidad al impugnante, interpreta correctamente tales preceptos, sin que ante su especialidad pueda recurrirse al principio de distribución del «onus probandi», cuando la carga viene impuesta por normativa legal específica a una de las partes del proceso, como consecuencia de una desgraciada incidencia ocurrida durante la vida del proceso locativo, determinante de la pérdida del objeto arrendado, con la secuela atributiva de responsabilidad al arrendatario; y sin que tampoco pueda amparar su posición en el contenido del artículo 1.105 del mismo Código, que se dice violado, violación inexistente en el caso enjuiciado, habida cuenta del contenido del precepto, en el que la exoneración de responsabilidad, determinante del caso fortuito, no ampara aquellos «casos expresamente mencionados en la ley», atribución que puede venir predeterminada de forma directa, o bien, como en el arrendamiento ocurre, por presunción, susceptible de ser destruida por prueba en contrario, lo que aquí el recurrente no ha conseguido. (Sentencia de 8 de abril de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—En el caso de autos se trataba de la reclamación, por la arrendadora, del importe de la construcción del edificio que, arrendado en régimen de arrendamiento de industria, había perecido a causa de un incendio. Era un edificio destinado a espectáculos y la demanda, naturalmente, se formuló contra el arrendatario.

Se observa en la sentencia un notable rigor en la aplicación del artículo 1.563, no tanto porque interprete indebidamente su mandato, sino por no atribuir eficacia alguna, como elementos para destruir la presunción legal, a documentos en que constaban «la concurrencia de un posible cortocircuito», o la estimación del juez penal de «no aparecer autor conocido del hecho», o la «sospecha», en

orden a la misma causa, a que se aludía en la certificación del Ayuntamiento, «criterio» que también comparte el Servicio Municipal de Bomberos de Pontevedra, ni el hecho de que el incendio ocurriera «cuando el local estuviera vacío y la industria cinematográfica en él instalada sin funcionar», según acta notarial.

No cabe desconocer, sin embargo, que el texto es tajante cuando afirma que el arrendatario tiene que probar que la pérdida se ha ocasionado «sin culpa suya». Lo único que queremos poner de relieve es que en casos como el de autos, por ejemplo, esa prueba puede llegar a ser imposible —prueba de un hecho negativo—, lo que a nuestro entender obliga a un especial tacto en la apreciación de las pruebas indirectas, por vía de presunciones. (R. de A.)

36. *Arrendamiento de industria.*—No procede el beneficio de la prórroga forzosa en favor del arrendatario, si el clausulado actual cuida de describir claramente el objeto que consiste en un bar con su nombre comercial y elementos, siquiera modestos, para su explotación, por tratarse de un arrendamiento de industria e implicar una actividad susceptible de reapertura inmediata. (Sentencia de 15 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

37. *Profesionales de la agricultura.*—«... la sentencia combatida no apoye su conclusión estimatoria de la demanda en este artículo (art. 15 de la Ley de Arrendamientos de 31 de diciembre de 1980), sino en el siguiente 16 que contempla, junto a los profesionales de la agricultura de aquel precepto, la figura del cultivador personal cuyos caracteres delimita atribuyéndole idéntica consideración legal a la atribuida a aquellos otros, determina la desestimación del recurso en el fondo, puesto que ha quedado intocada la afirmación de hecho que soporta la sentencia de instancia relativa a que el actor está en el caso del cultivador personal... no impugnado por vía de error de hecho o de derecho». (Sentencia de 17 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

38. *Arrendamientos rústicos: Modificación del artículo 132 de la Ley Especial de 31 de diciembre de 1980 por la Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984.*—Formalizado el recurso ya en vigor la Ley de reforma de la de Enjuiciamiento Civil, de 6 de agosto de 1984, que modifica también el artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, es claro que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debería haberse citado o expresado el motivo conforme a la enumeración que de los mismos hace el artículo 1.692 de dicha Ley, ya que el número 3 del artículo 132 de la Ley arrendaticia así lo ordena, al decir que el recurso «se fundará en alguno de los motivos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», requisito que el recurrente no cumple y que no es baladí ni puro formalismo, sino ciertamente necesario para ser congruente con las reglas del artículo 1.715, que determina el contenido de la resolución de esta Sala según la clase o especie de motivo (los del artículo 1.692), que se citará como fundamento del recurso.

Arrendatario que no es cultivador personal.—4. No obstante, y en aras de la defensa de la parte material, preciso será añadir que el motivo primero, que cita o denuncia la obligación indebida del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos citada, de 31 de diciembre de 1980, tampoco puede ser admitido en su fondo porque la obligación indebida de una norma sólo puede darse cuando los hechos fijados judicialmente —a tenor de la apreciación de la prueba— no encajen

(subsunción) en el supuesto de hecho normativo, hipótesis que no es la del caso y recurso. Y es así porque la Sala de instancia, al obtener de la prueba la conclusión de que el arrendatario no tiene la condición de cultivador personal y, consecuentemente, no aplica tal artículo 16 en relación con la transitoria de la misma ley, es evidente que no puede reprochársele la infracción denunciada. Solamente cabría la revisión que se pide si el recurso impugnara por la vía adecuada esa apreciación probatoria, con la demostración del error de hecho (causa o motivo cuarto) o de derecho (causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el que hubiera podido incurrir el juzgador de instancia, ya que en tanto no se haga así habrá que respetar esa apreciación o fijación judicial de los hechos. O bien que, en el supuesto de la aplicación indebida, los hechos así fijados tuvieran una configuración distinta de los supuestos o hipótesis de la norma y que, como antes se ha dicho, no es tampoco el caso del recurso ni de su formulación. (Sentencia de 18 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Vencido el término de «tres años obligatorios y tres voluntarios» que se había pactado en un arrendamiento rústico, la arrendadora entabla demanda solicitando que se declare haber lugar al desahucio del arrendatario y resuelto y extinguido el contrato y se condene a este último a desalojar y dejar la finca a la libre disposición de la demandante.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, estimando íntegramente la pretensión de la actora. (R. de A.)

39. *Retracto rústico. Valoración de documento privado.*—«... el mismo destino inviable alcanza al otro error denunciado en el recurso, por infracción de la normativa que informa el alcance probatorio que debe darse a los documentos privados, cuyo contenido, en cuanto reputado por la sentencia impugnada simple manifestación del que lo suscribe, ni conculca la exigencia de los artículos 1.225 y 1.226 del Código civil como se desprende de la simple lectura de estos textos legales, de los que no resulta ... vinculación alguna para el presentante de ellos, ... ni mucho menos puede decirse que el juzgador, al valorarlas, haya incidido en la supuesta infracción de los artículos 578-3.º y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que lo que la sentencia recurrida ... hace notar que no es que a tales cartas les falte el reconocimiento de la parte, ... sino que sus afirmaciones —las de las cartas— no han sido ratificadas por vía testifical, lo cual es bien distinto y en nada choca con mandato legal interpretativo alguno».

Efectos en el tiempo.—«... la regla general de irretroactividad que consagra el artículo 2 del Código civil y sus disposiciones transitorias ... salvo expresa disposición contraria, obligan a atender a la fecha de originación del derecho para determinar la norma que le es aplicable ... principio que proyectado sobre la legalidad arrendaticia está pacíficamente mantenido por este Tribunal... expresiva de la observancia del mandato de que se regirán por la legislación anterior a la Ley de Arrendamientos de 1980, los derechos nacidos de hechos realizados bajo el régimen derogado, aunque la nueva legislación los regule de otro modo ... ya que es doctrina de esta Sala que la retroactividad que proclama la disposición transitoria 1.ª de esta Ley es, al menos a los efectos del retracto discutido en la litis, del llamado grado medio, que sólo permite aplicar la normativa nueva a las relaciones de derechos que nazcan después de estar ya vi-

gente ésta, cual sucedería con el derecho de retracto derivado de una transmisión que hubiera tenido lugar ya vigente la Ley de 1980...». (Sentencia de 11 de junio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

40. *Prórroga forzosa de los arrendamientos rústicos.*—Las medidas de prórrogas forzosas fijadas en los Reales Decretos-Leyes de 30 de junio de 1978, 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980 se aplican indistintamente a los arrendamientos rústicos de explotaciones agrícolas o ganaderas, atendidos el cultivo personal y directo y la finalidad de las medidas mismas.

Prohibición de indefensión.—Existe la indefensión prohibida en el artículo 24.1 de la Constitución, si se desbordan los límites de la *causa petendi* —compuesta del hecho debatido y la regulación jurídica que el mismo requiere— con la introducción *ex officio* de circunstancias históricamente decisivas y distintas de aquéllos o planteando, como objeto de debate, extremos no controvertidos por las partes.

Finalidad social de la legislación de arrendamientos rústicos.—La Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 protege los intereses del cultivador y de la economía social distributiva, dirigiéndose con preferencia hacia la figura del agricultor profesional modesto y excluyendo de esta calificación a los titulares de explotaciones agrarias que superen determinada dimensión. (Sentencia de 15 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

41. *Arrendamientos rústicos (Ley de 1935): Contratos excluidos.*—A los efectos de la legislación especial tienen la consideración de arrendamientos rústicos todos los actos y contratos por los que temporalmente una parte cede a otra el disfrute de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos mediante precio, canon o renta, ya en especie, ya sea en metálico o en ambas cosas a la vez, y con el fin de dedicarla a la explotación agrícola o ganadera (art. 1.º, párrafo 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935), entendiéndose por fincas rústicas aquellas cuyo disfrute o aprovechamiento se ceda para una explotación agrícola, pecuaria o forestal, si bien, por excepción, se niega tal carácter de rústicas a los efectos de dicha legislación especial, entre otras, a las tierras, dentro o fuera de las zonas y planes de ensanche de las poblaciones, cuando por su proximidad a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puestos y playas, tengan un valor en venta superior en un duplo al precio que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de la misma calidad y cultivo (artículo 2.º, párrafo 2.º, c), excepción a la que deben atenerse los Tribunales sin limitarla o ampliarla por aplicación de disposiciones reglamentarias, y ello tanto por imperativo constitucional (art. 9.3 de la Constitución), como por así disponerlo también el Código civil al ordenar que carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior (art. 1.º.2), en cuanto entender lo contrario significaría una flagrante violación del principio de jerarquía normativa, por lo que si, en el caso de litis, el párrafo 2.º del núm. 3.º del artículo 2 del Reglamento para la aplicación de la legislación arrendaticia de 29 de abril de 1959 se interpreta en el sentido que pretende el recurrente, es decir, que las tierras situadas fuera de las zonas o planes de ensanche de las poblaciones y próximas a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos y playas, sólo quedan ex-

cluidas de la normativa especial arrendaticia cuando de hecho no estén dedicadas a usos agrícolas y tienen un valor superior (en venta) al duplo del que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo situadas en la misma zona, quedando por el contrario, sometidas a su imperio las dedicadas a fines agrícolas, cualquiera que sea su valor, es evidente que, con tal interpretación, se da tratamiento de rústicas a tierras que a tenor del texto legal quedan excluidas, según se expuso anteriormente, conclusión ésta que concuerda en este particular con la vigente normativa locativa contenida en la Ley de 31 de diciembre de 1980 —aunque no aplicable a esta litis por impedirlo el principio de irretroactividad— cuyo artículo 7.º excluye de su regulación a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas que por cualquier circunstancia ajena al destino agrario tengan un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo. Todo lo cual conduce a la repulsa de tal interpretación, repulsa que lleva aparejada la del primer motivo del recurso amparado en la causa tercera del artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Rústicos por infracción de ley, en cuanto la sentencia recurrida, al negar a la finca arrendada, situada fuera del ensanche de Irún, la cualidad de rústica, atendiendo para ello a que el valor en venta al tiempo de su transmisión desde el punto de vista agrícola era muy inferior al industrial por exceder éste sobre aquél en un 800 por 100, no supuso infracción alguna de la legalidad vigente. (Sentencia de 13 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Téngase presente que la sentencia aplica la legalidad vigente antes de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Rústicos hoy en vigor, aunque las conclusiones —según la Sala— habrían sido exactamente iguales.

En este caso, las actoras, arrendatarias de una finca originariamente rústica —desde el punto de vista de la legislación arrendaticia aplicable—, ejercitaban el derecho de retracto contra la sociedad demandada, que la había adquirido por título de aportación social. El Juzgado había estimado la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia del Juzgado. (R. de A.)

42. *Aparcería* (calificación del contrato).—No han de considerarse exceptuados estos contratos de la legislación especial arrendaticia (Ley de Arrendamientos Rústicos) porque no son contratos circunstanciales para un aprovechamiento secundario o de una siembra o cultivo parcial determinado de los denominados de temporada (núm. 6 del art. 5 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos).

Puesto que en el supuesto enjuiciado no consta que las parcelas cedidas tuvieran otro aprovechamiento que el cultivo de maíz, que debe entenderse aprovechamiento principal. Asimismo tampoco es un contrato de temporada, cuando en el caso que tratamos se cubren ocho de los doce meses del año. (Sentencia de 21 de septiembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—No estamos en presencia de un contrato de temporada, puesto que en el caso litigioso se inició una relación de *aparcería* en 1969 y se prorrogó por prórrogas tácitas hasta 1980, fecha a partir de la cual se perfecciona un nuevo contrato de *aparcería*. Además las parcelas cedidas a cada uno de los colonos se dedicó al cultivo de maíz, al rastrojo aprovechable para el ganado, y al volteo de rastrojo para preparar el cultivo siguiente, con lo que queda claro que no estamos en presencia de un contrato de temporada. (F. Ll.)

43. *Arrendamiento de obras o servicios.*—La Sala reitera implícitamente (pues la forma de articularse el recurso no permitía otra cosa) su doctrina de que en este contrato la determinación del precio, a falta de acuerdo entre las partes, debe hacerse por el Juez según criterio de peritos. (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

44. *Arrendamiento de servicios: Arquitecto.*—El arquitecto realizó un proyecto de excavación al que se ajustaron tanto la entidad constructora como el aparejador y, no obstante el cambio del terreno, se dice que el técnico principal no modificó actuación alguna respecto al modo o manera de efectuar la excavación, desatendiendo así, por un lado, su obligación fundamental del estudio completo del suelo afectado por la obra y, por otro, la de alterar o modificar la obra por razones de seguridad y dar solución a los problemas técnicos imprevistos; de todo ello debe concluirse que sin modificar los hechos fijados por la Sala sentenciadora, de ellos cabe deducir como misión propia de este Tribunal una actuación culposa del arquitecto, sin necesidad de atribuirle una responsabilidad por riesgo de matiz cuasiobjetivo derivada de los daños que a terceros puede causar su lícita y profesional actuación.

Sin olvidar que es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis geológico sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causación a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que al aceptarlos y aplicarlos sus conocimientos científicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades, como, por otra parte, viene así exigido por su dignidad y competencia profesional. En definitiva, se trata de una responsabilidad de carácter personal y directo, como derivada del defectuoso cumplimiento de una obligación que les incumbía, por lo que no se interpretó erróneamente el artículo 1.902 del Código civil, al atribuirle la consiguiente responsabilidad por los daños a consecuencia de un derrumbamiento cuya causa dimana de un defectuoso estudio técnico del terreno colindante próximo a la obra y afectado por ella.

Extensión de la responsabilidad a otras personas que intervinieron en la obra: Posibles supuestos.—La jurisprudencia de esta Sala ha declarado: a) que la responsabilidad del arquitecto se excluye o en este caso se distribuye con otras personas si sólo se probaron vicios en la construcción, vicios éstos que tienen un sentido propio referido al que ejecuta y no al que dirige y proyecta, a menos que la ejecución defectuosa provenga de una dirección equivocada. b) En el caso de que la ruina o el derrumbamiento sea consecuencia de un movimiento brusco de la cimentación tras el parcial descalce de la misma con motivo de la excavación del solar adyacente, la responsabilidad imputable deriva de las deficiencias de dirección del arquitecto. c) En el supuesto traído a estos autos, en que se trató de una excavación en terreno de pronunciado declive del solar adyacente para construir un edificio, aunque separado por una calle, es de hecho incongruente asignar responsabilidad al constructor cuando lo que se pretende es un trabajo en suelo y subsuelo para excavación directamente relacionado con la calidad geotécnica de aquéllos que hubo de ser examinado exhaustivamente y con carácter previo por el arquitecto, al que le es exigible un grado de diligencia que corresponda a la especialidad de sus conocimientos y a la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, viniendo incluido entre sus

deberes el estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que se va a edificar o que puede verse alterado por la urbanización necesaria.

Aparejador.—No es este el caso de la Sentencia de 13 de febrero de 1984, en que constaba expresamente que dicho técnico (el aparejador) no estuvo asiduamente a pie de obra y que abandonó la vigilancia de las obras de derribo. Por el contrario, en el caso ahora litigioso se declara probado que tanto la empresa constructora como el aparejador se ajustaron a las labores del proyecto de excavación que ordenó el arquitecto. (Sentencia de 14 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

· *NOTA.*—Se trataba en este caso de una reclamación entablada por la dueña de un terreno por daños sufridos en él a causa de obras realizadas en finca próxima. Se demandó a la empresa promotora, a la constructora, el arquitecto y al aparejador, así como a sus respectivas compañías de seguros. El Juzgado condenó solidariamente a todos los demandados a realizar la obra de reconstrucción del muro propiedad de la actora y a la reposición de los terrenos afectados. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por las empresas promotora y constructora y por el aparejador, absolviendo a éstos de la demanda. Desestimó el recurso promovido por el arquitecto y su aseguradora.

Interpusieron recurso de casación el arquitecto y la actora, esta última para que se condenase a los demás demandados.

La Sala del Supremo declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos. con la doctrina que se ha citado.

El caso tiene interés porque está precedido de sentencias de la Sala Primera en que se condena solidariamente a promotor, constructor y arquitecto y a veces aparejador, por razón de ruina de una obra o daños derivados de construcción, cuando la causa de los mismos no se puede acreditar.

En el caso presente, dejando las cosas claras —como a nuestro juicio procedía— se establece la responsabilidad sólo del arquitecto porque se puede conocer con exactitud la causa de los daños, únicamente atribuible a él puesto que consistía en un defectuoso estudio del suelo, característica competencia de ese profesional. (R. de A.)

45. *Litisconsorcio necesario.*—Como ya se dijo en Sentencia de 26 de marzo de 1979, el problema del litis consorcio necesario, presupuesto procesal según la doctrina, tiene su base en una relación de Derecho material que por afectar a varias personas, activa o pasivamente, exige una solución procesal unitaria o común en cuanto a los sujetos en aquélla implicados, bien por razón de una titularidad conjunta o plurisubjetiva respecto de un patrimonio común, sea por obra de la indivisibilidad de las prestaciones, ora por referencia a materias de estado civil y con relación a las personas estrictamente interesadas, o bien ante la existencia de terceros a los que la sentencia puede afectar en su interés legalmente protegido, dicho todo esto en términos generales.

Sociedad de gananciales: Demanda dirigida sólo contra el marido.—Después de hacer las pertinentes consideraciones sobre el régimen de la sociedad de gananciales antes de la reforma de 1981, la Sala declara que «consecuentemente, no era necesario (ni tampoco hoy con la nueva normativa) traer a juicio o ser demandada la esposa, contra la cual el acreedor no ostenta la acción, bastando con demandar al marido como representante y defensor del patrimonio común, mientras la esposa no impugnare (Sentencias de 22 de diciembre de 1973, 19 de enero de 1974 y 9 de noviembre de 1979), cual es el caso del recurso, en el que el marido, que ahora alega esa excepción, fue el contratante y obligado, no pare-

ciendo razonable ni equitativo que aduzca un defecto a él imputable, en su caso, y con escasa legitimación para hacerlo, más propio de la mujer, si es que se sintiera perjudicada (Sentencias de 6 de junio de 1969, 2 de febrero de 1982).

Contrato de ejecución de obra: Pago del precio.—No existe contradicción entre la obra completa realizada, apta para la entrega, y la aparición y constatación de defectos irrelevantes en su entidad cuantitativa para evitar la aplicación del artículo 1.599 del Código civil, que establece el deber de pago de la obra al hacerse la entrega.

Cantidad líquida.—Hubo mora y el pago de intereses en su cuantía venía fijado en el contrato de liquidación de la obra, en relación con la suma debida por capital, que no ha tenido necesidad de fijarse ni determinarse, o sea, por líquida y exigible, ya prevista y en nada relacionada o subordinada a la obligación de hacer (las reparaciones) que la sentencia establece contra el acreedor. (Sentencia de 9 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Sin duda, el rasgo capital de esta sentencia se halla en la doctrina acerca de la exigibilidad de intereses a pesar de que se reconocía un deber de prestación (ilíquido) a cargo del acreedor demandante.

El actor era el contratista de una obra, y el demandado era el dueño de la misma. Se reclamaba el precio pendiente de pago.

El Juzgado y la Audiencia condenaron al pago, estimando en parte la reconvencción, en el sentido de condenar al actor a realizar las obras de reparación que las resoluciones indicaban en sus Considerandos. Quiere decirse que el demandante, en rigor, no había cumplido íntegra o exactamente la prestación que le incumbía.

No obstante, la sentencia de instancia (y por lo tanto la del Supremo) entienden que esa falta de cumplimiento íntegro no obsta a la reclamación del precio y consiguiente condena a su pago a cargo del dueño o comitente, declaración que encuentra dificultades a efectos de admitir la condena al pago de intereses por este último, ya que, en puridad, ni nos hallamos en un supuesto de mora (pues el acreedor del precio, contratista, no ha cumplido por su parte, en función del artículo 1.100 del Código civil, inciso final), ni existe propiamente una deuda líquida, pues para serlo se tendría que hallar exactamente cuantificada la prestación pendiente a cargo del contratista actor, esto es, la consistente en realizar las reparaciones —por muy leves que fueran— que en la estimación de la reconvencción se establecieron. (R. de A.)

46. *Contrato de obra: Cláusulas de revisión de precios.*—Prevista por las partes, en la cláusula VII del contrato, una concreta fórmula con arreglo a la cual había de operarse la revisión de precios motivada por «cualquier elevación real que se opere en los mismos», a esta específica previsión contractualmente establecida ha de ceñirse cualquier revisión a efectuar en los precios convenidos, conforme al mandato de aquel precepto legal (art. 1.258 del Código civil) que obliga al cumplimiento de lo pactado, como con todo acierto la sentencia impugnada resalta en su considerando once, expresando, precisamente para rechazar la postulación de la actora con base en los mayores costos por excesiva duración de las obras, que puesto que ya previeran las partes, en el contrato inicial, una corrección de precios, ésta es «la única en que pueden ampararse legalmente». (Sentencia de 29 de septiembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Puesto que la Sala Primera se apoya precisamente en el mismo precepto que la Sala de instancia, y a pesar de ello ha lugar a la casación, es preciso advertir que se trataba de una demanda en la que la sociedad actora

—contratista— reclamaba una determinada cantidad al comitente, como liquidación. Lo que sucede es que en el contrato se había pactado una fórmula determinada para el cálculo de la revisión de los precios y la Audiencia había admitido un incremento «real» pero superior al resultante de dicha cláusula o fórmula.

Por eso, interesa el Considerando de la segunda sentencia del Supremo cuando dice que «expresamente convenido por las partes... una revisión de precios para cubrir 'cualquier alteración real que se opera sobre los mismos' es improcedente acceder a la postulación contenida en la demanda, reclamada al margen de la revisión pactada, en concepto de 'diferencias entre la aplicación de la fórmula polinómica y el aumento real', por lo que la cantidad pretendida bajo tal rúbrica por la sociedad actora con montante de ... debe ser rechazada».

(R. de A.)

47. *Defectos de construcción.*—El recurrente parte de la perfecta realización de la obra. Sin embargo se acreditó en la instancia mediante prueba de reconocimiento judicial y pericial técnica la deficiente construcción de los edificios, de suerte que al asumir la propiedad de lo edificado y la venta de las diferentes viviendas debe responder conforme al artículo 1.258 y 1.101 del Código civil, de cualquier contravención de sus obligaciones respecto de los compradores de los pisos dentro del plazo de prescripción que para esas acciones personales señala el artículo 1964 del mismo cuerpo legal, por los defectos que las cosas vendidas acusaron, según las pruebas practicadas en el juicio.

Es interesante resaltar la inaplicación de la legislación de viviendas de protección oficial a los efectos de fundamentar un recurso de casación por infracción de ley sustantiva civil, porque se trata de disposiciones de neto carácter administrativo, y lógicamente por su mismo carácter no civil sustantivo no pueden prevalecer sobre la regulación de carácter material deducida de la normativa contenida en el Código civil. Siendo evidente que la ordenación administrativa tendrá sus efectos ante la jurisdicción especial contencioso administrativa, pero no ante la jurisdiccional además la propia normativa administrativa deja a salvo, el ejercicio de las acciones que puedan ejercitar los propietarios y adquirentes de las viviendas, al amparo de los artículos 1.484 y 1.591 y 1.909 del Código civil. (Sentencia de 20 de septiembre de 1985; no ha lugar.) (F. Ll.)

48. *Contrato de obra: Incumplimiento no imputable.*—Esta resolución es de interés no tanto por su doctrina, que no contiene novedades de resaltar, sino por razón del supuesto de hecho y la resolución de la Audiencia, que había declarado —tesis que el Supremo mantiene— que no se daban los requisitos exigidos para que prospere la acción indemnizatoria derivada de incumplimiento contractual, por no derivarse una conducta antijurídica imputable al demandado (contratista), al que no cabe achacar retraso en el inicio de las obras, dado el curso de huelgas y circunstancias meteorológicas adversas, ni tampoco demoras en el suministro del hormigón, y no haberse demostrado la producción de un menoscabo real y efectivo en el patrimonio de la cooperativa actora, circunstancias excluyentes de la relación de causalidad que debe mediar entre la culpa y el daño, lo que impide que la indemnización suplicada pueda ser acogida, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 13 de abril de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

49. *Arrendamiento de obra: Instrucciones dadas al contratista por el dueño de la obra.*—El mismo reproche de novedad, causa también de desestimación, ha de hacerse al motivo tercero, que trae a colación por primera vez en este recurso la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad solidaria entre constructor y técnico, con la pretensión de atribuir al dueño de la obra la cualidad de director técnico y por ende corresponsable de la obra mal hecha, atribución y defensa en modo alguno hecha en el pleito y a lo que no es óbice que en la sentencia se diga que dicho dueño diera ciertas instrucciones al contratista o ejecutor, cosa normal en quien encarga una obra sin que por ello haya de considerársele director *con órdenes vinculantes*. (Sentencia de 10 de junio de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Debe advertirse que se trataba de la acción entablada por el dueño de la obra o comitente contra el contratista, y que la Sala de instancia había calificado la relación como de contrato de obra, habiendo declarado que este último había ejecutado el encargo defectuosamente, con la pertinente condena de hacer.

(R. de A.)

50. *Contrato de obra: Litisconsorcio pasivo necesario (no procede).*—Alegado por el recurrente que no se había demandado reconventionalmente al arquitecto director de las obras, que fue también firmante del contrato de construcción, dice la Sala que si bien es cierto que, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, deben ser necesariamente convocadas a juicio por el actor cuantas personas puedan ser afectadas por la resolución que en el mismo recaiga, también lo es que, de acuerdo con lo probado en la litis, y recogido tanto por el Juzgador de Primera Instancia como por la Sala de Apelación, en la erección de las viviendas de autos se incurrió por el contratista en una serie de defectos de construcción, directamente imputables al mismo, sin que, contrariamente, aparezcan ni vicios del suelo ni defectos de dirección que pudieran responsabilizar la conducta profesional del arquitecto director de la obra, por lo que no existe motivo para entender que hubiese debido ser llamado a estos autos, pese a haber sido firmante del pacto de construcción. (Sentencia de 10 de mayo de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

51. *Responsabilidad por vicio de la obra (artículo 1.591 del Código civil).*—Habiendo revelado el dictamen pericial que el ataque destructor de la madera (carcoma) era conocido, dadas sus características, antes de su puesta en obra, por parte del constructor-vendedor no se está ante una situación viciosa de la cosa a que se refieren los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, sino ante un supuesto de propia inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, esto es, ante un defectuoso cumplimiento de la obligación contractualmente asumida de idoneidad de la cosa o ante una situación de arruinamiento por negligencia del constructor (art. 1.591) determinante, en ambos supuestos, de la inoperancia del artículo 1.490 del Código que se cita como infringido.

Prescripción.—El plazo de prescripción a que se refiere el artículo 1.968 del Código civil corresponde a la culpa extracontractual, lo que, por definición, inhabilita al precepto para fundar en él la casación cuando la actitud culpable acontece, como se ha dicho, dentro de la órbita del contrato (Sentencia de 14 de abril de 1981, 8 de noviembre de 1982 y 9 de marzo de 1983). (Sentencia de 18 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

52. *Artículo 1.591 del Código civil. Legitimación activa.*—La tiene la promotora que demanda al constructor, a los arquitectos y a los aparejadores de la obra, en reclamación de los gastos efectuados por la actora a instancias de los propietarios de las viviendas del inmueble, por virtud de reclamaciones extrajudiciales de estos últimos contra dicha promotora, que ésta estimó razonables y fundadas. Y ello, aunque en el momento de entablar la demanda en cuestión la promotora demandante no fuera ya propietaria de vivienda alguna. El hecho de haber efectuado los referidos desembolsos le atribuye legitimación para el ejercicio de la acción del artículo 1.591 C. c.

Legitimación de la promotora al efecto del artículo 1.101 del Código civil.—La sociedad actora, como vendedora de las viviendas, no ha quedado desvinculada de la buena o defectuosa construcción de lo transmitido (se entiende, a efectos de reclamar por vicios constructivos contra constructor, arquitectos y aparejadores).

Subsistiendo en el vendedor (la promotora demandante) su responsabilidad frente al comprador por los vicios o la falta de cualidades en la cosa vendida, deben asistirle las correspondientes acciones para reclamar de quien entiende es el responsable de tales deficiencias o condiciones (en este caso, los referidos demandados).

Alcance de la indemnización: Artículo 1.107 del Código civil.—No se vulnera el párrafo 1.º del artículo 1.107 del Código civil, pues si el patrimonio del perjudicado debe quedar a salvo de las consecuencias del incumplimiento contractual de la parte contraria, la indemnización debe abarcar todos aquellos gastos que sean consecuencia necesaria de tal incumplimiento, entre los que deben incluirse los racionalmente necesarios para la defensa de su derecho no incluíbles en los gastos procesales propiamente dichos, y también los que dentro de ciertos límites procedan de anticipos obtenidos para la reparación con la finalidad de no demorar la habitabilidad de las viviendas, pues es indudable que los perjuicios producidos por la mora son indemnizables.

Responsabilidad solidaria.—Procede, cuando no es posible deducir en qué grado han participado cada uno de los profesionales que han tomado parte en la construcción en la producción del evento dañoso y por tanto no es factible señalar cuotas o participaciones en la indemnización, ni en la relación externa con el perjudicado, ni en la relación interna entre los responsables. (Sentencia de 26 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—El apartado anteúltimo de los de este extracto se entiende mejor si se tiene en cuenta que la promotora demandante había reclamado en su demanda el importe de gastos notariales e informes periciales realizados para dejar constancia de los vicios constructivos, así como el montante de gastos financieros (hay que suponer que créditos para reparar).

Por lo que respecta al último epígrafe del extracto, su doctrina obedece a la alegación de los tres arquitectos demandados de que la solidaridad establecida para estos casos por la doctrina de la Sala tenía que entenderse por «funciones» una la de constructor, otra la de arquitectos y otra la de aparejadores, de forma que dentro de cada función respondiese cada integrante por partes iguales (en este caso, cada uno de los tres arquitectos, un tercio de la «parte» correspondiente a su «función»), en contraposición a la «parte» de aparejadores (que eran dos) o de constructor (que era uno solo). Se alegaba al efecto que sólo de la forma que sugerían los recurrentes se evita que la pluralidad de personas en una misma función pueda perjudicar a cada una de ellas, mientras beneficia indebi-

damente a los miembros individuales de las restantes funciones. Esta cuestión merece tratamiento aparte, por lo que acaso volvamos pronto sobre ella.

(R. de A.)

53. *Reclamación de cantidades: Fijación de honorarios.*—«... en modo alguno puede decirse que aquel primer precepto que define el arrendamiento de obras o servicios (art. 1.544 C. c.) como un contrato en que una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto, ni este otro del artículo 1.255 del Código civil que proclama la libertad de pacto, hayan sido desconocidos por el juzgador al estimar, ... ajustado a los términos de lo convenido el precio fijado por el Organó al que las partes se sometieron, máxime cuando tal fijación ha tomado como base el presupuesto de ejecución material de la obra referido, no a los costes mínimos de la misma al tiempo de hacerse el encargo, sino al momento de formalización de dichos trabajos que así pueden servir «de actualidad, orientativa para el cliente» cuyo fin buscaba el consistente ... el cual, por otra parte, señaló, indirecta pero libremente ese momento al establecer el de cese de la tarea profesional encomendada.» (Sentencia de 25 de junio de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

54. *Responsabilidad de los participantes en la construcción.*—«... Que si bien es cierto que cada uno de los participantes en la construcción del edificio objeto de un contrato de obra ... asumen unas concretas y específicas obligaciones y como lógica consecuencia una responsabilidad independiente en caso de incumplimiento, no es menos cierto ... que en las hipótesis en que la ruina de la edificación se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección y otras a la ejecución, sin responsabilidad de discernir o precisar las consecuencias dañosas derivadas de cada incumplimiento, la responsabilidad de todos ellos es solidaria frente al dueño de la obra...». (Sentencia de 17 de junio de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

55. *Sociedad civil: Litisconsorcio pasivo necesario (no existe).*—Habiéndose concertado contrato de sociedad civil (las partes lo califican sin contradicción como de «sociedad civil irregular», expresión de todo punto inadmisibles y que vemos usada con frecuencia —nota o comentario del autor de este extracto—) por dos varones casados, y habiéndose estipulado que «intervienen también en este acto en calidad de dueñas como bienes gananciales enteradas y continuadoras del presente contrato hasta su final, sus respectivas esposas, doña A. y doña B., que también lo firmarán y con el indicado carácter exponen», la Sala desestima la alegación de litisconsorcio pasivo necesario, manifestando no ser contratantes las referidas esposas, esto es, que los socios eran los maridos, limitándose la intervención de aquéllas a la posibilidad que les da el artículo 1.704 del Código civil (derecho del heredero del socio fallecido a continuar como tal). (Sentencia de 10 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

56. *Naturaleza civil del contrato de fianza.*—La fianza solidaria asumida por una Corporación Local para responder de las obligaciones contraídas por ciertos prestatarios —damnificados por inundaciones— tiene la naturaleza civil que, a causa de su accesoriedad, deriva del carácter del contrato principal.

Requisitos previos al otorgamiento de la garantía.—Sin perjuicio de esta natu-

raleza civil, cualesquiera vicios relativos a la formación de la voluntad del ente público fiador se regulan por el Derecho Administrativo y su fiscalización corresponde a la jurisdicción contenciosa. (Sentencia de 30 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

57. *Interpretación de la fianza.*—Según un principio capital del derecho de la contratación, la fijación del alcance de la fianza y la determinación de su contenido dependen de lo que acuerden las partes o manifieste el fiador respecto al significado del negocio accesorio *per relationem* con la obligación principal. (Sentencia de 31 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

58. *Contrato de mediación. Agente de la Propiedad Inmobiliaria.*—Admitido por la Sala sentenciadora que la sociedad vendedora comunicó por carta las condiciones de venta de la finca al Agente de la Propiedad Inmobiliaria, quien, a su vez, las ofertó al comprador, celebrándose una primera reunión que resultó infructuosa, y que un año más tarde, salvadas las dificultades para la suscripción del contrato de compraventa, fue éste escriturado en las mismas condiciones que antes habían sido ofertadas por mediación del citado Agente, es obvio que no puede ser calificada de absurda, ilógica o inverosímil, ni de falta de necesario enlace y rigor lógico, la conclusión a que llega la Audiencia Territorial de la intervención en la operación de compraventa del repetido actor, Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Inexistencia de relación contractual entre el comprador y el Agente.—En su tercer Considerando, la sentencia estima el recurso promovido por el comprador de la finca, por estimar que no consta que éste requiriera los servicios del Agente de la Propiedad Actor, ni tuviese otra relación con él que la simple de celebrar un contrato de compraventa con alguien que, en su día, había requerido los servicios del citado Agente, por lo que en modo alguno puede reputarse parte el señor C. (el comprador) en el contrato de mediación concertado entre la sociedad vendedora y el actor, por lo que al no ser parte en el mismo no procede ser obligado a su tenor al abono de la mitad de los honorarios devengados por el mediador (por error dice «vendedor»). (Sentencia de 20 de noviembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—El actor, Agente de la Propiedad, había demandado a la sociedad vendedora de la finca y al comprador de la misma, en reclamación de los honorarios devengados por la mediación en dicha venta. La Audiencia estimó la demanda y condenó a ambos demandados a satisfacer al actor, por mitades, tales honorarios.

Interpuesto recurso de casación por el comprador, la Sala confirma el criterio de la Audiencia en el sentido de que, en efecto, la venta se había celebrado con la intervención del demandante (con la consiguiente condena al pago de sus honorarios), pero estima el recurso y manifiesta que al no haber existido relación contractual entre el Agente demandante y el comprador, éste no se hallaba obligado a pago alguno a aquél. Por ello, en su segunda sentencia la Sala estima la demanda y condena a pagar los honorarios debidos al actor sólo a la sociedad vendedora.

(R. de A.)

59. *Subrogación en el contrato. Litisconsorcio pasivo necesario.*—Si se afirma la subrogación de los actores, hoy recurridos, en la situación jurídica del primitivo prestatario, no puede sostenerse la necesidad de traer al proceso al que como

consecuencia de dicha subrogación se ha desvinculado del negocio jurídico base de la revisión del tipo de interés aplicado e impugnado.

Actos propios.—No existe la más mínima constancia de que los actores, al pagar los intereses incrementados, tuvieran la libre y espontánea voluntad de modificar la relación jurídica preexistente, antes al contrario, la interposición de la demanda origen del pleito exterioriza una voluntad totalmente contraria a dicha elevación de interés.

Documentos públicos.—Si bien es cierto que los documentos públicos no hacen prueba plena contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros, dado que por otros medios puede el Juzgador llegar a conclusiones contrarias al contenido de las manifestaciones emitidas por los interesados en tales documentos, no es menos cierto que de ellos emana, en principio, una presunción de veracidad que subsiste mientras no se acredite la falta de correspondencia o adecuación entre el contenido del negocio documentado y la realidad exterior al mismo. (Sentencia de 6 de octubre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La doctrina de esta sentencia se entiende conociendo los hechos. La Caja de Ahorros X había concertado préstamo hipotecario con un promotor de viviendas de protección oficial, pactando la posibilidad de elevar los intereses si éstos fuesen objeto de elevación oficial. Vendidas las viviendas a los demandantes, se produjo la figura conocida de la subrogación de los mismos —como compradores de los pisos— en la deuda hipotecaria contraída por el promotor vendedor.

La Orden de 23 de julio de 1977 elevó los tipos de intereses aplicables por las Cajas de Ahorros, por lo que la entidad prestamista, a su vez, aplicó el aumento a los compradores de viviendas subrogados en la deuda. Incluso estos compradores llegaron a pagar alguna liquidación sobre estos intereses incrementados. De ahí la alusión de la sentencia a la doctrina de los actos propios.

Los compradores entablaron demanda contra la Caja, alegando que la Orden en cuestión establecía en su apartado I-3.º que lo dispuesto en ella sería de aplicación sólo a las operaciones que se conviniesen y formalizasen a partir de la entrada en vigor de la misma. Los actores, como es obvio, invocaban la fecha —anterior a la Orden— del contrato entre la Caja y el promotor en cuyo lugar se habían subrogado.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia estimó el recurso y estimó íntegramente la demanda. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Caja demandada. (R. de A.)

60. *Contrato de pensión alimenticia vitalicia. Causa del mismo.*—«... no se da la situación de falta de posibilidad de cumplimiento por los recurridos... de la obligación asumida en el contrato celebrado... por carencia de domicilio propio por parte de los obligados a ello, ni por tanto puede entenderse producida falta de causa contractual exigida por los indicados artículos 1.261, 1.274 y 1.275, toda vez que estando en presencia... de un convenio de vitalicio, nominado de pensión alimenticia, conocido en la doctrina francesa por *Du bail a nourriture*... en nuestro derecho tiene posibilidad de existencia de hecho y vida jurídica con

base en el principio de libertad de contratación sancionada por el artículo 1.255 del Código civil, para cuya efectividad los perceptores de las prestaciones convenidas... consistentes en alimentos durante toda su vida, comprensivo de todo lo necesario para sustento, habitación, vestido, calzado y asistencia médico-farmacéutica, cedieron a los que asumieron la obligación de prestarlos... la finca urbana... con expresa transmisión y posesión a tal fin, claramente determina que los relacionados cesionarios estuviesen en adecuadas condiciones de atender a la obligación asumida de prestar habitación a los cedentes, por poder atenderlo precisamente con la cesión aludida, y en las condiciones expresadas, del indicado inmueble cedido, con desplazamiento de dominio y posesión, ya que el convenio expresado no impone que esa prestación sea mediante vivienda propia de los referidos cesionarios antes del concierto del contrato a que se hace referencia, sino simplemente de realizarlo...».

Contenido probatorio de una certificación.—«... esa certificación lo único que pone de manifiesto es lo que expresa, pero no que la persona a que afecta o su cónyuge no pudieran tener bienes o ingresos, no constatados por dicha Recaudación... y en el concepto de error de derecho, a causa de que la expresada certificación no es eficaz para generarlo, puesto que lo único que revela es lo que manifiesta, esto es la constatación tributaria de los bienes que expresa... y no la real situación económica que pudiera tener la persona a que afecta, con lo que no es de apreciar la existencia de prueba predeterminada o valorada por la ley que es la esencia del error de derecho...».

Fuerza vinculante de la fe notarial.—«... la manifestación que un testigo pudiera hacer de que vio en la Notaría el pago del precio de la compraventa... cuando en ésta se consigna como recibido por el vendedor con anterioridad al comprador, no proclama como absurda la conclusión... de inexistencia de precio... puesto que lo simplemente a tener en cuenta ante la fuerza vinculante de la fe notarial es que el precio se reconoce en dicha escritura como existente, aunque dado por entregado y recibido con anterioridad al otorgamiento de la meritada escritura, y esa circunstancia no ha sido suficientemente desvirtuada, como ya ha sido puesto de manifiesto...».

Denominación real del contrato.—«... la escritura... no cabe entender que silencia la constitución del contrato vitalicio... desde el momento que al establecer expresamente... que los señores comparecientes han convenido llevar a efecto esta cesión de bienes a cambio de alimentos... se está reconociendo la configuración documentada de un contrato vitalicio, puesto que los contratos se revelan no por la nominación que se les dé, sino por la que corresponda a las cláusulas que se establezcan...». (Sentencia de 13 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

61. *Responsabilidad por daños derivados de la caída de una cornisa. Litisconsorcio pasivo necesario.*—Pudiendo alcanzar la responsabilidad extracontractual no sólo al constructor y al arquitecto sino también a la propiedad de la edificación respecto de terceros perjudicados por el desprendimiento de la cornisa o alero, era dueña la parte demandante de dirigirse contra quienes quiere viere convenirle y salvo las acciones de repetición que pudieran corresponder a los condenados contra otros partícipes de la culpa originadora de la responsabilidad y las que en fuerza de relaciones contractuales pudieran asimismo asistirles.

Artículo 1.907 del Código civil.—Aun dentro de una interpretación subjetivista de dicho precepto, como de la que entiende que la *ratio* del mismo es crear una responsabilidad por el mero riesgo, lo que haría excusada la prueba de la imprudencia o de la negligencia, siempre y en todo caso ha de mantenerse el pronunciamiento condenatorio del propietario.

Responsabilidad de la Administración o del empresario.—No se puede deducir con claridad (decimos nosotros) cuál de las dos hipótesis —ambas encerradas en el artículo 1.903 C. c.— se invocaba en este caso, pues la sentencia, al extraer el correspondiente motivo de casación, sólo cita el artículo, sin mencionar un determinado apartado o párrafo. Pero lo que interesa es que la resolución establece que existía una indudable relación de directa dependencia del aparejador —asesor y del constructor— conservador respecto de la Obra Sindical del Hogar, lo cual justifica la exacción, conforme al citado precepto, de la responsabilidad regida por dicho artículo y que responde a una negligencia «in eligendo» o «in vigilando», según constante doctrina de esta Sala. Estas palabras nos llevan a concluir que lo que se invocaba por el Abogado del Estado era la doctrina de la responsabilidad civil del empresario.

Fijación de los daños y perjuicios.—La cuantificación de los daños y perjuicios no se halla sujeta a precisión normativa alguna, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional de modo discrecional, y por lo mismo escapa al control de la casación. (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la demanda formulada por el actor, como representante legal de su hijo, por los daños sufridos por éste a causa del desprendimiento de la cornisa de una casa propiedad en su día de la Obra Sindical del Hogar. Se demandó al contratista encargado de la conservación de la casa, al aparejador asesor, al Instituto Nacional de la Vivienda y a la A.I.S.S. (Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales).

El Juzgado y la Audiencia condenaron a los dos primeros, solidariamente, y a los dos segundos subsidiariamente, a abonar al actor una determinada indemnización (que la Audiencia redujo, respecto de la del Juzgado).

Recurrieron en casación el Abogado del Estado y el demandante; este último, sobre todo, en razón a la cuantía de la indemnización, que dio lugar al pronunciamiento del último apartado de nuestro precedente extracto. El Abogado del Estado invocó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber traído al pleito al arquitecto y a la constructora que intervinieron en la edificación.

(R. de A.)

62. *Responsabilidad civil del fabricante.*—La responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró, habrá de basarse bien en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser causados directamente por el propio producto o motivados por la carencia de instrucciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo, prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse. Doble

hipótesis que aparece recogida en el artículo 1.º del Convenio de La Haya de 21 de octubre de 1972, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por tales daños, en cuanto indica que ha de tratarse de los causados por el producto, así como de los provenientes de una descripción inexacta o de la ausencia de indicaciones sobre sus cualidades, caracteres específicos o su modo de empleo, y que asimismo tiene eco en la jurisprudencia de esta Sala, que en una hipótesis contempla el quebranto causado por incorrecta fabricación o defectuoso envase del preparado (26 de marzo de 1982 y 29 de marzo de 1983) y en otra el ocasionado por la falta de instrucciones para la utilización de sustancia de alto poder tóxico (20 de octubre de 1983).

La responsabilidad del fabricante en ambos supuestos, que habrá de concurrir normalmente por cauce extracontractual salvo cuando esté ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor, descansa en la inexcusable presencia de un acto culposo o negligente, es decir, de un comportamiento del que se derive responsabilidad por defectos de fabricación o por incumplimiento del deber de orientar al usuario, quebrantando el principio general *neminem laedere* o concretas obligaciones contractuales.

Pacto de distribución en exclusiva.—Tampoco es permitido basar la responsabilidad de «C. I., S. A.» en la circunstancia de haber concedido la exclusiva comercialización a la demandada «I. Q. S., S. A.», pues tal pacto limitativo de la concurrencia, susceptible de ser incorporado a diversos contratos o de revestir condición autónoma, no significa que la vinculación de las partes se traduzca en una dependencia o subordinación entre empresas, autónomas en su organización y medios y con asunción de los riesgos y responsabilidad consiguientes a la actividad que, respectivamente, desempeñan, por lo cual no es posible extender a las dos la obligación de indemnizar que alcanza a sólo una de ellas por una concreta tarea que a la otra no es imputable como ajena a su desarrollo (Sentencias de 5 de julio de 1979, 4 de enero de 1982 y 28 de febrero de 1983). (Sentencia de 14 de noviembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Varios agricultores demandaron a la empresa fabricante de un insecticida y a la sociedad distribuidora en exclusiva del mismo, en razón de los daños que ese producto había ocasionado en la cosecha de remolacha de los actores.

La Audiencia había sentado que no cabía achacar el resultado nocivo a defectos intrínsecos de fabricación, así como que los demandantes habían incurrido en omisión de cuidado al no haber observado ciertas instrucciones que figuraban en los envases (por lo que redujo la indemnización a la mitad del importe de los daños), pero a la vez apreció culpa en las sociedades demandadas, por lo que las condenó al pago del 50 por 100 restante de los daños.

Interpuesto recurso de casación por la sociedad fabricante («C. I., S. A.»), el Supremo declara haber lugar al mismo, en base a la doctrina citada, porque en los envases del producto se decía expresamente que debía utilizarse «bajo control directo del distribuidor», deber que fue incumplido por la sociedad distribuidora codemandada.

En su virtud, en su segunda sentencia la Sala desestima la demanda en cuanto a la citada sociedad fabricante recurrente, condenando exclusivamente a la codemandada, la entidad distribuidora, sobre las mismas bases que había establecido el Juzgado. (R. de A.)

63. *Responsabilidad extracontractual. Artículo 1.903 del Código civil.*—De persistir una relación de dependencia, más o menos extensa o directa, se alcanza

el supuesto del artículo 1.903, que se inspira en la culpa «in eligendo» sobre la cual el legislador ha instalado una presunción de culpa que ha de ser eficazmente destruida.

Concurrencia de causas.—La sentencia cuyo fallo se combate tiene un fundamento dual, en el artículo 1.903 que aplica con indudable acierto y también en el 1.902, al afirmar la existencia de una culpa «propia y directa» del recurrente, domiciliada en el empleo en su industria de transportes por carretera de maquinaria clandestina y cuyas gravísimas deficiencias operaron causalmente en el hecho cuyas consecuencias deben ser reparadas. (Sentencia de 4 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Este último pronunciamiento de la Sala tiene interés porque nos hallamos ante un caso de concurrencia de causas en la producción del daño, íntimamente ligado con el problema de la relación de causalidad.

El demandado era titular de una empresa de transportes, en la que utilizaba, junto a otros perfectamente legales, vehículos clandestinos y carentes de las necesarias autorizaciones administrativas, uno de ellos un remolque carente de frenos.

Cuando realizaba un servicio en este último remolque un empleado del demandado, aquél recibió la noticia de la muerte de su padre, lo que le movió a tomar la iniciativa de regresar al lugar de origen, haciéndolo a una velocidad muy superior a la permitida para un vehículo de esa clase. El hecho es que, probablemente influido también por el nerviosismo propio de la circunstancia, el conductor perdió el control del vehículo, colisionando con un camión que venía en dirección contraria y de forma correcta; resultó muerto el conductor del remolque, así como su acompañante, y herido de gravedad el del camión, que a su vez sufrió serios desperfectos.

La sentencia de la Audiencia, como la del Juzgado, habían condenado al demandado a indemnizar los daños sufridos por el conductor del camión. En casación, el demandado recurrente alega cómo puede ser condenado por culpa «in vigilando» el empresario que, como en este caso, se hallaba alejado de su dependiente por largos kilómetros de distancia que le impedían la vigilancia y el control de su actividad, dificultad —sigue diciendo— que sube de punto al aparecer factores tan inesperados como la noticia de la muerte del padre del dependiente y la turbación que produjo en su ánimo, por lo que concluía que la causa del accidente no había sido el estado del vehículo sino su indebida conducción por el empleado.

La Sala acoge la apreciación fáctica del Tribunal *a quo* en el sentido de que el carecer de frenos el remolque tuvo una relevancia causal en la producción del resultado, afirmación no desvirtuada en casación.

Lo importante del caso es, sin duda, la curiosa complejidad del asunto, en que con claridad de ejemplo didáctico se aprecia la concurrencia de dos causas: a la forma inadecuada de conducir el vehículo se une o añade su carencia de frenos, que hace que en un momento determinado su control resulte imposible para el conductor.

Nos parece que, cualquiera que sea la teoría que se adopte en tan delicada materia cual es la de la relación de causalidad, la solución de la Sala es irrefutable. (R. de A.)

64. *Responsabilidad civil: Daños sufridos por el trabajador en el cumplimiento de su actividad. Inversión de la carga de la prueba.*—Reproducimos los Considerandos 2.º, 3.º y 4.º de la sentencia del Supremo, necesarios para la debida comprensión del asunto y la doctrina de la Sala. Merece la pena su íntegra transcripción, por cuanto constituye una síntesis de la actual doctrina jurisprudencial en la materia, sin perjuicio de que, como diremos en la «nota» de este extracto, suscite dudas la aplicación que de la misma se hace al caso de autos.

«CONSIDERANDO: Que el siguiente motivo segundo, en el que por el mismo número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción, por concepto que no se expresa, del 1.902 del Código civil, debe encararse, al no haberse articulado propiamente motivo alguno por error en la apreciación de la prueba, desde el "factum" suministrado por la sentencia de la Audiencia que al aceptar íntegramente la del Juzgado, arrastra consigo el relato histórico efectuado en el primer grado del juicio de que el presente recurso dimana, debiendo combinarse ambas sentencias para completar el supuesto de hecho para lo cual procede volver sobre ellas reproduciendo aquí cuanto contienen de fáctico, despojándolo de las adherencias axiológicas o valorativas, para pronunciarse con la base de aquel puro nudo «trozo de la vida», acerca del adecuado enjuiciamiento del mismo desde el invocado artículo 1.902 del Código civil.»

«CONSIDERANDO: Que el Juzgado (cuya sentencia, según ya se adelantó, está íntegramente aceptada por la Audiencia y forma parte integrante por ello de la pronunciada por ésta y se ofrece a la censura de esta Sala), en el segundo de sus considerandos (luego de haber desechado la excepción de prescripción de la acción) inicia el examen del fondo del juicio afirmando que "es carga de la prueba que pesa sobre la parte actora la de acreditar suficientemente cumpliendo de esta suerte el deber jurídico que le impone el artículo 1.214 del Código civil, la existencia o concurrencia en el supuesto en que reclama de los tres requisitos o elementos que condicionan tal acción" o sea la derivada del artículo 1.902, entre los cuales y aparte la existencia de un resultado lesivo o daño y un nexo o vínculo de causalidad entre aquél y el culpable, lista en el primer lugar la exigencia de que la víctima pruebe la culpa o negligencia del demandado; y, puesto a ello, concluye que "no se desprende con absoluta claridad que el fallecimiento del obrero Jesús V. G. tuviere por causa la conducta negligente o culposa de su patrón, Jesús A. G., al encomendarle una tarea para cuya realización tuviera que prescindir de las medidas de seguridad", pues "no consta acreditado que el demandado ordenase al fallecido realizar un doble cometido —manejo de la grúa y acarreo de materiales— que le obligase en cualquier momento a prescindir de una medida de seguridad tan importante cuando se trabaja en lugares situados a cierta altura con riesgo de precipitación como lo es el cinturón de igual nombre", y si "en un momento determinado el fallecido parece que realizó dicha doble función, lo que provocó su caída" ello es "sin que conste plenamente acreditado que la realizaba por orden de su patrono o empresario, lo que por otro lado ha quedado desechado a través de la resultancia de la prueba testifical" consistente, por cierto, en el hermano y tres obreros dependientes del demandado; razonando la Audiencia por su parte sobre la base de los mismos "cuatro testigos, que entonces trabajaban en la obra" (considerando segundo) no ser cierto "que la víctima llevara las carretillas cargadas a sus respectivos lugares de colocación, pues de tal misión estaba encargado el obrero Manuel A., quien trasladaba las carretillas cargadas al lugar donde se colocaban las bovedillas y luego vacías las llevaba al sitio donde se encontraba la grúa para ser bajadas a la calle» (considerando segundo) siendo cierto por el contrario (considerando tercero) "que el obrero accidentado tenía como única tarea encargada por su principal, el manejo de la grúa, y para su desempeño se le había provisto del casco y cinturón de seguridad, los cuales había utilizado, y si por su propia y exclusiva

iniciativa se quitó el cinturón de seguridad en la ocasión de autos, cuando trataba de enganchar la carretilla para bajarla con la grúa, lo que determinó al estar desprovisto de dicha medida de seguridad su caída al vacío "no cabe apreciar concurrencia de culpa o negligencia del demandado empresario".»

«CONSIDERANDO: Que esta Sala viene proclamando reiteradamente (entre las más recientes, sentencias de 10-7-1981, 26-10-1981, 27-5-1982, 4-10-1982, 25-4-1983, 12-12-1984 y 4 y 18-2-1985), que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902 del Código civil, de tal suerte que se exige por modo general y como requisito de ineludible concurrencia, el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad conforme al artículo invocado, en relación con el 1.903; pero no es menos cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha creado diversos paliativos cuales son el acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, defensor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de «agotar la diligencia» (Sentencias, entre otras, de 25-3-1954 y 30-6-1959, 12-2 y 17-3 1981, 20-12-1982); más destacadamente aún, la responsabilidad por riesgo que refieren tantas otras, desde la de 24-3-1953 a las de 18-11-1980 y 30-4 y 14-6-1984, de especial relevancia en la circulación de vehículos de motor (Sentencia de 6-5-1983); siendo el primero en aparecer, ya que data de la Sentencia de 10-7-1943,, el de la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción "iuris tantum" de que medió culpa por parte del agente, consagrado en multitud de sentencias a partir de la indicada, así las de 20-10-1963, 23-3-1968, 11-3-1971, 10-5-1972, 9-3-1974, 29-12-1975, 26-5-1976, 14-5-1978, 30-3 y 18-11-1980, 27-4 y 6-10-1981, 10-5-1982, y, últimamente, 11-4-1984, al decir que es doctrina constante de esta Sala que en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo y que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de que concurra, se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve como para abonar a otra culpa concurrente, pues, en otro caso, sólo puede apreciarse cierta compensación (de la responsabilidad mejor que de la culpa, como precisó la Sentencia de 15-12-1984) traducible en moderación del montante económico a satisfacer; siendo justamente este paliativo de la inversión de la carga de la prueba, procedente de la esfera laboral, donde actualmente tiene por principal asiento el número 3 del artículo 84 de la Ley General de la Seguridad Social al presumirse, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo; debiendo tenerse muy en cuenta a la hora de calificar como imprudente una conducta la diligencia exigible no sólo según las circunstancias, artículo 1.104, sino también, según así lo previene la sentencia de 16-5-1983, el sector de la vida social en que se produce la ocurrencia; apareciendo aquí y muy de bulto, que el juzgador de la instancia no atendió a la índole de la esfera laboral en que el acaecimiento dañoso se producía y en la que tan antigua manifestación tiene el principio de la inversión de la carga de la prueba, poniendo a

cargo de la víctima la inasequible prueba de la culpa del patrono, quien, siendo obviamente el creador del riesgo y el beneficiario de la actividad del interfecto, se exime en el caso de toda responsabilidad, sin que exista una clara constancia de que la precipitación del obrero obedeció a una conducta imprudente o negligente del mismo». (Sentencia de 10 de julio de 1985; ha lugar.)

NOTA.—Es de observar que la Sala, aunque proclame declamatoriamente el inexcusable requisito de la concurrencia de culpa en el demandado presunto autor del daño, se inclina por la vía de la inversión de la carga de la prueba, en razón de la llamada «responsabilidad por riesgo», sobre la base de la «inasequible prueba de la culpa del patrono» y la circunstancia de ser este último el «creador del riesgo y el beneficiario de la actividad del interfecto», lo que, en rigor, lleva a una solución lindante con la responsabilidad objetiva (aunque técnicamente no se construya con esta calificación).

No deja de llamar la atención que la Sala se sacuda de la exigencia de culpa en el patrono por considerar que no existía clara constancia «de que la precipitación del obrero obedeció a una conducta imprudente o negligente del mismo», siendo así que la Sala de instancia había declarado probado que el obrero fallecido se había quitado el cinturón de seguridad del que se hallaba provisto.

El razonamiento de la Sala, a la luz de este caso concreto y de los elementos de juicio que a ella llegaron, da lugar a una cierta desorientación en el intérprete, pues la inversión de la carga de la prueba —a nuestro entender— sólo puede jugar cuando los hechos acreditados no muestren culpa exclusiva de la víctima, esto es, cuando exista una duda razonable sobre cómo acontecieron los hechos, cosa que en el asunto debatido quedaba excluida precisamente por la circunstancia de que el Supremo no desecha la observación de la Sala de instancia de que, como queda dicho, el trabajador se había soltado espontáneamente el cinturón de seguridad exigible a su función.

Dicho en otros términos, a nuestro entender la Sala se excede en la aplicación de la doctrina del riesgo, para llegar a adoptar una solución de responsabilidad objetiva, improcedente, según creemos, en la vía jurisdiccional y en la materia en que el asunto se enjuiciaba. (R. de A.)

65. *Responsabilidad civil del Estado: Daños causados por un miembro de la Guardia Civil. Competencia de la jurisdicción civil.*—La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26-7-1957 dispone en su artículo 40 que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pero además de esta acción directa contra el Estado, establece, en su artículo 43, que los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos, es decir, la expresada Ley, cuyos antecedentes se encuentran en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, y con la finalidad de garantizar al perjudicado el resarcimiento de los daños sufridos, concede al ciudadano lesionado por un acto realizado por un funcionario con intención de culpa grave la posibilidad de dirigir su acción indemnizatoria, bien contra el Estado como responsable directo del daño, bien contra el autor del acto lesivo, pero así como si elige la primera opción la vía a utilizar es la administrativa y la posterior contencioso-administrativa frente al acto denegatorio, sin embargo, cuando la reparación trata de hacerla efectiva directamente del funcionario autor del acto negligente, la reclamación debe formularse ante la jurisdicción civil, según dispone el artículo 45 de la expresada Ley,

por lo que, en el caso de litis, en el que se reclama la correspondiente indemnización por las lesiones sufridas por el actor como consecuencia de la conducta culposa de un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, debe sentarse como conclusión que es la jurisdicción civil la que tiene atribuido el conocimiento de la cuestión, y a tal conclusión no se opone la circunstancia de que, al propio tiempo que al funcionario, se demanda también al Estado, porque es difícilmente imaginable un proceso contencioso-administrativo en el que aparezca como demandado un funcionario público, en su calidad de órgano administrativo productor de un acto de tal naturaleza, sino como persona física y sujeto activo de un actuar lesivo para los particulares, sin que el hecho de que también sea demandado el Estado, creándose una situación de litisconsorcio pasivo, modifique la situación, ya que el perjudicado, lo mismo que puede elegir a uno o a otro, puede dirigir su acción contra ambos, en cuanto, según el artículo 135-3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26-4-1957, los particulares lesionados podrán exigir la responsabilidad solidariamente de la Administración y de los funcionarios, por lo que en atención a lo expuesto y, a la consideración de que la responsabilidad exigida en el proceso deriva, no de un ilícito civil, sino de un ilícito penal cuya responsabilidad de este orden fue extinguida por la amnistía concedida por la Ley de 15-10-1977, con reserva de la acción civil, y a la circunstancia de que el artículo 9.º de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque posterior al litigio e inaplicable por su irretroactividad, establece un criterio orientador al atribuir a los Tribunales y Juzgados del orden civil el conocimiento, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional y en consideración, igualmente, a que el mantenimiento de la sentencia recurrida, con la necesaria secuela de volver a empezar una vía administrativa y la posterior contencioso-administrativa, al cabo de diez años de ocurridos los hechos lesivos origen de la demanda, produciría, como consecuencia, una verdadera denegación de justicia contraria a todos los principios éticos y constitucionales, tanto más lamentable cuando, aun en la hipótesis dialéctica de aceptar la tesis de la incompetencia de la jurisdicción civil, fue la propia Administración la que por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente la reclamación previa e indicar la vía impugnatoria, provocó el error en la elección de la jurisdicción, debe concluirse afirmando que en el caso de litis, el conocimiento de la cuestión litigiosa corresponde a la jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa, por lo que debe acogerse el tercer motivo de casación, de examen preferente, apoyado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, en su anterior redacción, y en el que se denuncia la infracción del artículo 45 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que atribuye a la jurisdicción civil el conocimiento de las acciones de responsabilidad civil contra los funcionarios públicos. (Sentencia de 12 de noviembre de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—Un miembro de la Guardia Civil, formando parte de un grupo de vigilancia que efectuaba un servicio, ordenó que el actor y su acompañante, que se encontraban en el interior de un vehículo, descendieran de él, por sospechar que eran portadores de propaganda subversiva, y después de colocarlos con los brazos en alto de cara a la pared, y por no guardar las imprescindibles medidas de seguridad se le disparó la pistola con la que conminaba a los detenidos, lesionando al actor en la rodilla izquierda y produciéndole lesiones que tardaron

en curar hasta el 5-5-1978, con incapacidad laboral transitoria durante dicho período, conducta que según la segunda sentencia de la Sala debe considerarse gravemente negligente y que hace al actor acreedor de la condena a los daños y perjuicios producidos, que se estiman en la cantidad de 1.000.000 de pesetas.

El Juzgado había condenado al miembro de la Guardia Civil y al Estado español al pago al actor de la citada suma.

La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción, alegada por el Abogado del Estado.

NOTA.—Por tratarse de un caso prácticamente coincidente con el que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983, comentada por el Prof. ZORRILLA RUIZ y el autor de este extracto en «Anuario de Derecho Civil», tomo XXXVII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1984, págs. 1237-1257, bajo el título *Responsabilidad civil de la Administración. Jurisdicción competente y otros extremos*, nos remitimos a dicho trabajo en punto a las observaciones y reservas que sugiere la doctrina de la Sala Primera. El planteamiento doctrinal del problema ha sido cuidadosamente analizado por el Prof. PANTALEÓN PRIETO en su monografía *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985.

(R. de A.)

66. *Responsabilidad civil: De compañía ferroviaria (no concurre).*—Es oportuno consignar que la responsabilidad por culpa extracontractual requiere la existencia de una acción u omisión voluntaria, no maliciosa, imputable al demandado, lo que se presume cuando se crea una situación de riesgo, puesto que ello le obliga a acreditar que, en caso de concretarse aquel riesgo en la producción de un daño, se procedió por parte del agente creador del mismo a la adopción de las medidas que fueran racionalmente exigibles para prevenir tal daño, como dice la Sentencia de 15-2-85, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que recuse el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume «*iuris tantum*» (Sentencias 27-4-81 y 30-5-85); pero ello nos lleva a reafirmar, coincidentemente al criterio mantenido en la sentencia de instancia, que la responsabilidad por riesgo no puede ser erigida en fundamento único de la obligación de indemnizar, pues tal teoría del riesgo (así denominada) no descansa en la mera causación de un evento físico dañoso, ya que si la víctima se interfiere en la cadena causal quedará el agente exonerado de responsabilidad por tratarse de un suceso imprevisto e inevitable (Sentencias 18-9-84 y 4 y 12-12-85, entre otras muchas como las de 29-3, 11-5 y 13-12-83, 10-2, 9-3 y 8-5-84), y en este caso —en el que se dan por reproducidos los hechos probados y así declarados en el tercer considerando de la sentencia recurrida—, la actividad desplegada por la Renfe se acomodó a la diligencia exigible conforme a las circunstancias de lugar, tiempo y modo, con debida correspondencia al sector de la vía férrea en que se realizó, no siendo posible extender la responsabilidad civil de las empresas ferroviarias a los accidentes que sobrevienen no con motivo de la explotación del servicio o negocio de transporte, sino por un proceder negligente de la propia víctima o de quien estaba legal y normalmente obligada a su custodia y vigilancia, como en este supuesto en que la víctima tenía veintiún meses de edad (Sentencia 12-12-84), lo que con otras palabras viene a decir la sentencia de 12-2-85, que la situación de hecho establecida en la instancia, sin contradicción eficaz pese a la reiterante defensa articulada, pone bien a las claras

que fue la propia conducta de la menor asociada a la carencia de extremado control que sobre ella había de prestarse, la determinante del desgraciado hecho en cuya producción no aparece acreditado el *minimum* de negligencia extraña de aquel precepto del artículo 1.902 y 1.903 del Código civil que se dicen violados, y que exige y requiere para fundar la responsabilidad civil de los demandados conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, como son las Sentencias de 8-5, 20-6 y 18-9-84. (Sentencia de 21 de noviembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se reclamaba indemnización de daños y perjuicios por el accidente sufrido por la menor Cristina H. M., cuando en edad de veintidós meses fue arrollada por un tren en la vía del ferrocarril «X», con ocasión de atravesar la línea férrea por un sendero existente donde hubo un paso a nivel que fue suprimido el 5-10-74, al ser construido a poca distancia un paso elevado. La víctima sufrió la amputación del brazo izquierdo y la pierna del mismo lado, haciéndose responsable a RENFE, demandada, en razón de la culpa extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.

La demanda fue desestimada en ambas instancias, formulándose recurso de casación basado en la infracción de la jurisprudencia relativa a las medidas adoptadas por RENFE, que, al producirse el accidente, revelan su insuficiencia, dejando de hacer lo que era debido, pues debía agotar cuantas prevenciones reglamentarias hubieran sido necesarias para evitar todo tipo de accidentes. A cuyo efecto se invocaban varias sentencias del Tribunal Supremo. (R. de A.)

67. *Responsabilidad civil: Caracteres de la diligencia exigible. Compensación de culpas. Relación de causalidad.*—Frente a dicho criterio, el motivo primero del recurso denuncia violación del artículo 1.902 del Código civil, alegando que los recurridos «incurren en culpa o negligencia al no poner una valla que impida los accidentes y el paso a la obra, pues tales bovedillas estaban sueltas y situadas a continuación de la terraza de las actoras, sin protección ni indicación de ningún género», haciendo posible un accidente que no habría ocurrido si se hubiera puesto «una pequeña valla o endeble tabla»; tesis que debe prosperar, pues aun partiendo de que, en efecto, no está demostrada la versión fáctica de haber obrado el lesionado a impulsos de la necesidad de socorrer a su hijo menor, adentrando peligrosamente en el edificio, la doctrina jurisprudencial señala con insistencia que si bien el artículo citado descansa en un principio básico culpabilista, no cabe desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con lo que se atenúa aquel criterio subjetivista en aras de una más defendible solidaridad social, y es indudable la clara infracción de las reglas de conducta exigible al encargado de la obra y a su propietario, quienes después de haber demolido la paredilla que cerraba la terraza mencionada, se abstuvieron de situar alguna instalación para impedir el paso a la obra en una zona de tangencia con la casa de las recurrentes, favoreciendo que cualquiera de los miembros del grupo familiar, movido por el explicable deseo de comprobar «in situ» los daños que amenazaban su propiedad, penetrase a tal fin en el edificio que se estaba levantando, actitud sin duda antijurídica pero que no llega a romper la relación de causalidad, por lo mismo que no se erige en el único factor desencadenante del hecho dañoso como sería menester para la exoneración del agente (Sentencias de 5 de abril y 17 de octubre de 1984 y 12 de abril de 1985),

sino de una actuación concomitante con la del segundo, que si bien no elimina la obligación de indemnizar impone una equitativa moderación en la cuantía del resarcimiento a la víctima (Sentencias de 13 de octubre 1981 y 20 y 27 de julio de 1983), atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes. (Sentencia de 21 de junio de 1985; ha lugar.)

NOTA.—En lo que se refiere a la cuestión epigrafiada, la Sala del Supremo, en su segunda sentencia, revoca parcialmente la del Juzgado condenando a los demandados a indemnizar al actor don A. T. P. por los daños y perjuicios sufridos con motivo de las lesiones referidas, en cuantía que será determinada en ejecución de sentencia y en proporción del 50 por 100, sobre la base de que los días invertidos en la curación han sido 197 y que la sanidad se produjo sin dejar secuelas.

Amén del interés que la sentencia reviste al insistir en una línea de interpretación de la doctrina de la culpa bien conocida, hay que hacer notar el nexo que se establece entre la relación de causalidad y la culpa del perjudicado, a fin de dar entrada a la fórmula de la compensación de culpas por este camino técnico, según el autor de este extracto había puesto de relieve en su libro *Leciones sobre responsabilidad civil*, reimpresión, Bilbao, 1982, págs. 107 ss.

(R. de A.)

68. *Responsabilidad civil: Concurrencia de culpas*.—Este punto de la culpa exclusiva del conductor del camión asegurado por la Compañía ahora recurrida, se vuelve a plantear en el motivo primero del recurso, que se ampara en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento —en su versión anterior a la reforma de 1984— para denunciar error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación por inaplicación del 1.225 relacionado con los 1.218 y 1.224, todos del Código civil y con una sola sentencia de este Tribunal Supremo (de 30-5-66) que no es susceptible de ser acogido, porque los llamados documentos sobre los que se proyecta la denuncia, son el atestado que levantó la Guardia Civil de Tráfico, un informe pericial obrante en el mismo y las diligencias ampliatorias, que podrían afectar a un hipotético error de hecho, pero nunca pueden servir para hacer el que se denuncia y mucho menos para fundamentar una culpabilidad exclusiva contra lo declarado en el procedimiento anterior y frente a lo que declara la Sentencia de primer grado (Considerando segundo) que acepta la recurrida, acerca de los «indicios de culpa por una y otra parte, la actora al circular con los neumáticos en mal estado que proporcionaron el reventón que le hizo salirse de su trayectoria e invadir la calzada contraria, y la demandada por circular el suyo con exceso de pasajeros lo que lógicamente debió influir en el peso y estabilidad del vehículo, dificultando el frenado y posibilidad de dominio del conductor sobre el automóvil»; datos de hecho no desvirtuados y apreciación de culpabilidad que, como tal es combatida, independientemente de la confusión de carácter material de la asignación de vehículos respecto de la Compañía aseguradora, intrascendente para la finalidad perseguida; carecían de fundamento en la motivación, que afecta a la segunda, donde con amparo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega asimismo violación por inaplicación de los artículos 1.º y 5.º del Texto refundido de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor en relación con los 1.101 y 1.103 del Código civil, donde contrariando la apreciación probatoria del Juzgador, se hace supuesto de la cuestión relativa a la culpabilidad del resultado y se olvida que el artículo

1.103 del Código concede una facultad discrecional para moderar la responsabilidad consiguiente.

El tercero y último de los motivos formulados, utiliza el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento —en su versión anterior a la reforma de 1984— para denunciar aplicación indebida del 6.º de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que tampoco puede acogerse, porque el precepto no fue aplicado por el juzgador, lo que impide sostener que lo hizo indebidamente; pero es que, además, lo que en el mismo se establece es la facultad del asegurador, una vez efectuado el pago, de repetir en los tres supuestos que menciona, que en este caso es el primero, o sea «contra el tercero causante de los daños y perjuicios», con lo que se vuelve a hacer supuesto de lo cuestionado, insistiendo en la atribución de la culpa, exclusivamente, al conductor del camión, en contra —forzoso es reiterarlo— de la apreciación que, de la prueba, efectuó el Juzgador, confirmando lo ya decidido en el declarativo de mayor cuantía seguido a instancia de la Compañía que ahora recurre, pidiendo la nulidad de los autos del Juzgado de TELDE, la cual, en cumplimiento de lo ejecutoriado, pagó la parte que le correspondía de las indemnizaciones, que asimismo realizó la aseguradora que figura como recurrida; lo que no permite a aquélla reclamar desnúés, en el procedimiento de que trae causa este recurso —por vía reconvenional— la mitad de lo que en aquel concepto satisfizo, alegando como compensación frente a lo que ahora se pide, no incluido en lo anterior, por afectar a otro concepto, como es el de «asistencia médica y hospitalaria» que, igualmente, se declaró deberían abonar, por mitad, las dos Compañías aseguradoras. (Sentencia de 13 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—En un accidente de circulación, producido por la colisión frontal de un microbús, asegurado por la compañía recurrente en casación, y un camión, cuyo seguro estaba cubierto por la compañía recurrida, fallecieron los conductores de ambos vehículos y cinco pasajeros del microbús, resultando además lesionados otros cinco ocupantes de este último. Se siguieron diligencias penales previas en el Juzgado de T., que terminaron con auto en que no se apreció responsabilidad penal y se determinó que las cantidades máximas a reclamar por los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados deberían ser satisfechas por mitades e iguales partes entre las compañías aseguradoras, las cuales deberían también satisfacer, al cincuenta por ciento, el importe de las asistencias médicas y hospitalarias, así como cualquier otra cantidad que pudiera determinarse en ejecución de sentencia.

La compañía «M., S. A.» interpuso demanda de nulidad, que fue desestimada en ambas instancias, rechazándose la excepción alegada de culpa exclusiva del otro conductor, por lo que la compañía aseguradora recurrida, «S. A. de S., S. A.», que había satisfecho los gastos relativos a la asistencia médica y hospitalaria, por un importe total de 1.476.509 pesetas, reclamó la mitad a la compañía que recurre en casación, que se negó al pago, poniendo la referida culpa exclusiva del otro conductor. Pretensión que acogió la sentencia de la Audiencia que dio lugar a este recurso de casación. (R. de A.)

69. *Responsabilidad civil: Litisconsorcio pasivo necesario.*—Si quienes han sido demandados estiman que existió culpa por parte de terceras personas, concretamente y cual apuntan en el recurso, del capitán del trasatlántico «X», son

ellos quienes debieron demostrarlo, pues ni en los autos ni en la sentencia impugnada aparece indicio alguno de dicha culpa, razón por la cual el referido capitán no fue incluido en la reclamación, sin perjuicio de que si el impugnante estimare existió dicha responsabilidad, puede en su día ejercitar las oportunas acciones contra el referido capitán. (Sentencia de 21 de mayo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Versaba el asunto sobre la reclamación que, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, habían entablado las viudas de dos marineros fallecidos con motivo de la realización de una maniobra en el remolcador en que trabajaban. La acción se dirigió contra el patrón del remolcador y contra la empresa propietaria de éste, siendo estimada en las dos instancias. (R. de A.)

70. *Nulidad de ocupación de terrenos derivada de expediente de expropiación: Incompetencia de jurisdicción.*—La Sala declara la incompetencia del orden jurisdiccional civil en un asunto en que se formulaba un suplico alternativo por el que se solicitaba: 1. Declarar nulo un expediente de expropiación tramitado por un ayuntamiento. 2. Con carácter subsidiario, declarar nula de pleno derecho y subsidiariamente inexistente (sic) la ocupación como consecuencia de dicho expediente de una parte de finca. 3. Como consecuencia de cualquiera de los dos pronunciamientos, anteriores, condenar al ayuntamiento a devolver a los actores la finca o la parte de finca citada. 4. Con carácter subsidiario respecto de los pronunciamientos anteriores, condenar al contratista don N. B. A. a rectificar toda la obra realizada por él para establecer el todo o parte del saneamiento de ciertos parajes, ajustándola a las previsiones del proyecto rector de la misma en diversos extremos. 5. Como consecuencia del pronunciamiento anterior, condenar al ayuntamiento, a don N. B. A. y al técnico director de la obra a pagar a los actores la indemnización por los daños derivados de la ocupación de la finca por espacio superior al indispensable. 6. Con carácter subsidiario del pronunciamiento cuarto, condenar a lo que allí se pide al ayuntamiento, al contratista y al director técnico de la obra. (Sentencia de 17 de abril de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—La naturaleza del caso obliga a remitir al lector a la sentencia íntegra, aunque lo que queda dicho da cabal idea de lo que se discutía y del sentido del fallo del Supremo.

Puesto que alguno de los pedimentos encubre una reclamación de responsabilidad civil dirigida contra particulares (contratista y director de la obra), podría decirse que estamos en presencia de uno de los casos de lo que PANTALEÓN, en su reciente y valiosa monografía *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción* (Madrid, 1985), llama «la crisis del sistema» —refiriéndose al actual de dualidad de jurisdicciones, cuando es la Administración la causante del daño—, que no es otro sino el supuesto en que el perjudicado ejercita conjuntamente, ante la jurisdicción civil, una pretensión indemnizatoria contra la Administración y otra u otras contra uno o varios particulares (págs. 103 ss.).

Al margen de que la crítica del sistema actual que hace el citado profesor sea totalmente digna de adhesión, en punto al problema jurisdiccional que desarrolla en su brillante libro, en el caso que nos ocupa parece que la solución adoptada por la Sala Primera (declarar su incompetencia) es la más razonable, habida cuenta que los pedimentos contra el contratista y el director de la obra eran subsidiarios de otros claramente subsumibles en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. De suerte que la hipótesis que formula PANTALEÓN en la parte 5 de su obra (responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración por

daños causados a terceros a consecuencia de la gestión del servicio público concedido o de la ejecución de la obra pública contratada) no parece tener siquiera cabida aquí, pues de haber existido alguna extralimitación ésta era de la Administración, no del contratista. Si bien hay que tener presente —argumento que refuerza los ya existentes contra el sistema dual del Derecho vigente— que esta observación (no fue el contratista quien se extralimitó) resulta del enjuiciamiento del asunto lo que implica ya una tácita admisión de competencia por el Tribunal civil.

Lo que resulta bastante claro es que el error pudo consistir en la forma de plantear la reclamación, mezclando pedimentos claramente atribuibles a la jurisdicción contenciosa con otros que *podían* haber tenido cabida en la civil aunque se formularan *también* contra la Administración. (R. de A.)

71. *Responsabilidad civil: Daños causados por reses de caza mayor.*—La remisión del artículo 32.2 de la vigente Ley de Caza de 4 de abril de 1970 a las normas de la legislación civil ordinaria que, según el recurso circunscribe la responsabilidad a los supuestos del artículo 1.906 del Código civil, implica un problema que se plantea ahora por vez primera... aparte de que, contrariamente a lo que se dice en el recurso, la disposición final tercera de la Ley de Caza que contiene la cláusula derogatoria establece en su último párrafo que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley», entre las que, evidentemente, tiene que incluirse la del artículo 1.906 del Código civil, cuyo sistema individualista-subjetivo de la responsabilidad del propietario se opone al criterio objetivo que implanta la nueva ley, al margen de la acción u omisión directas que comportan la mediación de culpa que es preciso probar; sin que a ello pueda ser obstáculo la remisión del artículo 33.2 de la especial a las «prescripciones de la legislación civil ordinaria, específicamente concretada a la «exacción de estas responsabilidades», es decir, al modo, forma y procedimiento, que es lo que deberá ajustarse a dichas prescripciones, pues el término *exacción*, según el Diccionario de la Real Academia, significa la «acción y efecto de exigir», que no puede confundirse con las causas, razones y fundamentos sustantivos, en que se basa la exigencia. (Sentencia de 27 de mayo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la reclamación promovida por dueños de fincas contra una sociedad propietaria de otra dedicada a la explotación de un coto de caza mayor (venados), cuya entrada en las tierras de los actores les habían producido determinados daños.

La sentencia de la Audiencia había estimado en parte la demanda, pero acogiendo en definitiva la causa de pedir y determinando los daños por indemnizar. Interpuso recurso de casación la sociedad demandada. (R. de A.)

72. *Responsabilidad civil «ex delicto».*—Tanto en la sentencia del Juzgado como en la de segundo grado se califica, con acierto, la acción ejercitada, no como derivada de culpa extracontractual, pese a que en la demanda inicial se invoquen los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, sino que entraña el ejercicio de una acción de responsabilidad civil «ex delicto», que ha de actuarse en vía civil, siguiendo la normativa penal prevista en los artículos 20 y concordantes de dicho Código, al que hace expresa remisión el artículo 1.092 del Código civil.

Responsabilidad civil del enajenado.—En el artículo 20 del Código penal no se establece que deba ser demandado el enajenado, sino las personas que le tu-

vieren bajo su potestad y guarda, precepto que ha de ponerse en relación con el artículo 293 del Código civil, incumplido por los demandados y que determinan su interpelación en el proceso.

Responsabilidad solidaria: Incongruencia.—Se aduce que tanto la sentencia impugnada como la de primer grado inciden en vicio de incongruencia, al no resolver de acuerdo con las peticiones deducidas en la demanda, y ello porque se condena solidariamente a los demandados, extremo que no fue suplicado en dicho escrito de alegaciones. ... pero es que además (además de otras razones de orden procesal), aun superando la omisión acusada por los recurrentes, también es doctrina de este Tribunal que la acomodación del fallo al «petitum» de la demanda no exige un ajuste riguroso y exacto a la literalidad de lo solicitado, antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos por las partes y acogidos en la sentencia, y en el caso de autos, a tal condena personal y solidaria se llega por efecto de la responsabilidad proclamada por el artículo 293 del Código civil, en la que, según declaración de la instancia no combatida eficazmente, incidieron directa y personalmente los codemandados condenados. (Sentencia de 13 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia que citamos es probablemente más interesante por el supuesto que contempla que por la doctrina de la Sala, encorsetada por la forma—notoriamente inadecuada— de plantear el recurso de casación los demandados. Don Miguel, que sufría esquizofrenia, dio muerte a la empleada de servicio doméstico que trabajaba en el domicilio de aquél.

Declarada por la Audiencia Provincial la inexistencia de responsabilidad penal en el autor del hecho, por causa de su enajenación, los hermanos de la víctima entablaron acción en vía civil contra la madre y hermanos del autor de la muerte, alegando aquéllos que ninguno de estos últimos había solicitado la incapacitación por locura de dicho don Miguel, a pesar de estar de hecho considerado por su familia como incapaz.

La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, estimatoria de la demanda.

El Supremo declara no haber lugar al recurso, estableciendo en relación con determinados motivos del recurso, la doctrina que hemos extractado. (R. de A.)

73. *Responsabilidad civil: Culpa del guarda y encargado de la finca.*—No es estimable el motivo que se ampara en el artículo 1.902 del Código civil, con fundamento en que no era dable calificar de culposa o negligente la conducta del recurrente, dada la actuación que la sentencia le imputaba en los hechos generadores del evento dañoso, más habida cuenta que señala la resolución combatida tienen la elocuencia que significa la circunstancia de que el recurrente era el guarda y encargado de la finca donde se realizaban los trabajos de explanación y el único enlace en la ocasión de autos entre el ejecutor material de los trabajos y quienes éstos ordenaron, así como que dio una información falsa y errónea al conductor de la máquina excavadora, al ser consultado por éste sobre la profundidad en que se hallaban las canalizaciones subterráneas de la línea telefónica, no puede dudarse de la recta calificación de culposa que su conducta merece, máxime cuando rebasa incluso la que el artículo 1.104 del Código civil define, al no ser admisible, por demás, prescindir del relato fáctico de la sentencia de instancia, cual lo verifica el recurrente... (Sentencia de 14 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia de la Sala había condenado al conductor de la excavadora, al dueño de ésta, a la propietaria del terreno en que se realizaban los trabajos y al guarda y encargado de esta finca, que era el recurrente en casación.

NOTA.—Habida cuenta del relato de hechos de la sentencia recurrida, no parece discutible la imputación de responsabilidad al recurrente. Ahora bien, llama la atención que no mediara recurso por parte del dueño de la excavadora y de su conductor, pues de la parte de la sentencia recurrida que transcribe el Supremo se desprende que la culpa *única* del daño (sin perjuicio de la responsabilidad de su empresario, por aplicación del artículo 1.903) fue del recurrente encargado de la finca, al dar instrucciones erróneas sobre la profundidad de la canalización telefónica, pues parece que excede a la diligencia normal del conductor de la excavadora comprobar la falsedad de estas informaciones. (R. de A.)

Derechos Reales

74. *Posesión en concepto de dueño*.—Resulta de toda evidencia que realiza actos inequívocamente deminicales, actuando en concepto de dueño y mereciendo el trato público de tal, quien a lo largo de mucho más de treinta años satisface a su nombre la contribución territorial urbana, contribuye con su aportación y *proprio nomine* a la instalación de una red eléctrica, como propietario recibe de la Jefatura de Costas de Canarias «notificación de deslinde» y pone en ejercicio una facultad tan característica del dominio como es el *ius aedificandi*, de no venir amparado por un derecho de superficie al que ni siquiera se alude.

Usucapion «contra tabulas».—Mal podrá ampararse la compradora (que era titular inscrito) en desconocimiento o ignorancia de una posible inexactitud registral cuando los datos ya señalados y que el Tribunal sentenciador destaca revelan sin lugar a dudas que ha tenido medios racionales y motivos suficientes para conocer el hecho posesorio extratabular, incluso por manifestación del vendedor que el hecho VII de la demanda da por producida, así como el concepto de tal posesión, por lo que concurren los requisitos que la norma citada (art. 36, párrafo 1.º, apartado a, de la Ley Hipotecaria) impone para la virtualidad de la usucapion consumada contra el Registro, sin olvidar que, según se desprende del precepto y lo advierte con unanimidad la doctrina científica, el conocimiento posible viene equiparado al conocimiento efectivo, por lo que carece de protección tabular el desconocimiento culposo, como tal ocasionado por una conducta teñida de grave negligencia a tenor de las circunstancias del caso, censurable proceder que siempre sería de apreciar en la actora, con arreglo a los hechos citados por la sentencia combatida y no destruidos en el recurso. (Sentencia de 22 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

75. *Copropiedad: Enajenación de cosa común por un condueño*.—El presente recurso de casación se contrae a la litis mantenida por los compradores de una finca urbana sita en Coca (Segovia), cuya venta ha sido declarada radicalmente nula por la sentencia que aquí se recurre, «por celebrarse la venta sin estos requisitos, determinando su nulidad por inexistencia ante la falta de consentimiento, de la totalidad de los condueños, nulidad que por la unidad del contrato, no susceptible de división afecta a toda su integridad, sin que se pueda reputar la subsistencia de una parte del mismo, al ser objeto del contrato la totalidad de

la cosa vendida y no sobre cuotas de la propiedad, que no fueron como tales objeto del contrato»; pronunciamiento éste del antepenúltimo considerando de la sentencia basado en la determinación contenida en el precedente considerando en el que se afirma, «que perteneciendo, por tanto, la finca objeto del contrato a los dos hermanos citados (José María e Ignacio María S. R.), existía una copropiedad, al pertenecer la cosa a varias personas (art. 392 del Código civil), y ninguno de los condueños puede conforme al artículo 397 del mismo Código alterar sin consentimiento de los demás, la cosa común, y como dice la sentencia de 20-12-66, el máximo acto de alteración de la cosa común —cual es su enajenación— por uno solo de los comuneros, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos, incurre de un lado, en la sanción de nulidad prevista en el artículo 4.º del mismo texto legal, en cuanto es contrario a un mandato legal expreso y de otro está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe el consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1.261, y aquella conclusión y este razonamiento son vertidos por la sentencia que aquí se combate, como consecuencia del contrato privado celebrado el 18 de marzo de 1980 entre los hoy actores y el demandado recurrido, de la finca urbana radicada en Coca, que fue liquidado del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el día 9 de mayo del mismo año, en la que el vendedor, demandado en esta litis, afirma ser de su propiedad por herencia, siendo lo cierto que pertenece a su hermano don José María en proporción de un tercio en pleno dominio y otro tercio en usufructo del que la nuda propiedad así como el tercio restante en plena propiedad pertenecen al contratante vendedor, siendo oportuno consignar que dicha finca urbana fue enajenada con autorización del Consejo de Familia y mediante subasta pública al Ayuntamiento de Coca el 15 de mayo de 1981, en razón de que el copropietario don José María S. R. está declarado incapaz y sujeto a la correspondiente tutela por Auto del Juzgado de Primera Instancia número once de Madrid de fecha 17 de junio de 1978 y a quien en la proporción antes dicha le fue adjudicada la finca de autos en las operaciones participacionales de la herencia de su madre, protocolizadas en escritura pública de 9 de mayo de 1978, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 27 de marzo de 1981.

Los dos motivos del recurso presente, con sede en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son técnicamente complementarios ya que el segundo denuncia infracción por inaplicación del artículo 399 del Código civil en relación con el artículo 348 del mismo Código y el primero infracción por aplicación indebida del artículo 397 en relación con el artículo 6.º, 3 del mismo Código, sirviendo de base a esos motivos, que el hecho de vender el demandado la finca común como de su propiedad exclusiva, implica o lleva consigo la efectiva venta de la parte que previamente le pertenece como copropietario, no suponiendo además, la venta de la finca como de su exclusiva propiedad alteración de la finca como cosa común, anteponiendo y confrontando el recurrente los conceptos de alteración, pudiéramos llamar físicos u objetivos, a los subjetivos referidos a la titularidad de los sujetos de derecho que la ostentan dominicalmente sobre las cuotas partes en que se halla dividida la cosa común, entendiéndose por la parte recurrente que el artículo 397 se contrae al primer concepto y no al segundo.

Es preciso tener en cuenta que la sentencia combatida hace punto inicial

de su razonamiento y subsiguiente resolución, la afirmación de que lo vendido en el contrato privado de 18 de marzo de 1980 fue la finca urbana de la localidad, de Coca (Segovia) y no una cuota parte de su propiedad, y esta afirmación, al permanecer inatacada ni por error de hecho por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni por violación de las normas de interpretación de los contratos (artículos. 1.281 y siguientes del Código civil), al amparo del ordinal primero del precepto procesal citado, queda subsistente y es base de todos los razonamientos posteriores.

La enajenación de la cosa común como cosa propia supone en efecto una alteración de la misma prevista en el artículo 397 del Código sustantivo, de añeja tradición, ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales, sino a aquéllos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo 397 no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo 398 la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca, respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad. Precisamente, se llega con invocación de estos artículos 397 y 398 a la determinación discriminatoria de la validez y eficacia de los actos particulares de los comuneros, sin constancia del asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redundando en notorio y claro provecho de la comunidad, pero no en caso contrario en que se declara la nulidad radical como en el caso contemplado en la Sentencia de 14 de diciembre de 1973 de un arrendamiento que precisaba de la unanimidad de todos los partícipes. Y si ello es así, obvio resulta que la enajenación, de mucha mayor entidad jurídica, requiere esa unanimidad, es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus órganos legales de representación complementarios de su incapacidad, para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia, por cuya razón ha de perecer el primer motivo del recurso.

Validez parcial del contrato: No cabe.—En lo atinente a la subsistencia de la validez parcial del contrato, en cuanto se refiere a la cuota parte de titularidad del contratante vendedor plenamente capaz, ello no es viable por cuanto que el objeto de la compraventa, la finca urbana, lo fue como una unidad física y jurídica y habiendo recaído el consentimiento de los contratantes sobre ese objeto como tal, ello trasciende a la infraestructura causal del negocio, viciándolo de nulidad radical (arts. 1.261 y 1.275 del Código civil), al no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente el copartícipe. La aplicación de la doctrina de la venta de cosa ajena, no nos llevaría tampoco a solución distinta de la marcada por el Tribunal de Instancia, en cuanto se refiere a la obligación de cumplir el contratante vendedor con el compromiso de transmitir el dominio de toda la finca objeto del negocio jurídico, pues dado que, no habiendo existido tradición en ninguna de las fórmulas previstas en el artículo 1.462 del Código civil y hallándose inscrita a favor de tercero (el Ayuntamiento de Coca) en el Registro de la Propiedad, es evidente que el campo dialéctico en que se mantiene la colisión de derechos, es únicamente el obligacional, que nos reconduce, según se ha dicho, a la nulidad del negocio jurídico, con la consiguiente restauración de la situación fáctica precontractual de los contratantes en punto al mantenimiento de sus cosas y derechos que hubieren sido objeto del contrato y la indemnización de da-

ños y perjuicios que por vía de la cláusula penal está preestablecida por la convención de las partes. En definitiva, que la sentencia ha de ser mantenida, por cuanto está adecuada al ordenamiento jurídico, lo que implica el rechazo del segundo motivo esgrimido en el recurso. (Sentencia de 19 de diciembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

76. *Propiedad horizontal*.—Si bien es cierto que con frecuencia los locales comerciales se entregan faltos de cerramiento alguno, permitiéndose normalmente al usuario llevar a cabo el mismo, en aquellas otras en las que, como sucede en el presente supuesto, la fachada alcanza a los pisos situados a nivel de calle, la modificación de ésta por los dueños o usuarios de los pisos bajos supone la alteración de un elemento común, sujeto al régimen general de tales actos. (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

77. *Propiedad del Estado*.—Ya se considere que el bien cuestionado es un bien de dominio público, incluido en el inciso segundo del artículo 339 del Código civil, al ser asimilable a las denominadas «fortalezas», y por ende encaminadas a la defensa del territorio, con cuya finalidad fue construida la Torre o Atalaya, o como bien patrimonial o propio del Estado, integrado en el artículo 341 del propio cuerpo legal, permanezca en el bien la condición de demanial o no, su adquisición por los particulares exige, o bien su desafectación o bien que su alienabilidad haya sido autorizada, conforme ya dijo esta Sala en sus Sentencias de 7 de mayo de 1975, 19 de diciembre de 1977 y 5 de diciembre de 1981. siguiendo para ello la normativa establecida en la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964. Sentencia de 17 de diciembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—El Supremo declara haber lugar al recurso de casación entablado por el Abogado del Estado contra sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había desestimado la acción reivindicatoria ejercitada por aquél sobre una torre o atalaya situada en el municipio de Pollensa.

Es de hacer notar que, constituyendo caso verdaderamente infrecuente, la Sala estima el recurso en cuanto denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código civil, por cuanto el Juzgador de instancia no atiende a la eficacia y valoración probatoria de los documentos que examina, de los que la Sala extrae la conclusión de que había quedado acreditado el dominio del Estado sobre el bien reivindicado. (R. de A.)

78. *Dominio público: Zona marítimo terrestre. Jurisdicción competente*.—Debe parecer el motivo primero del recurso, porque, si bien es cierto que el deslinde de la zona marítimo terrestre es función administrativa, y, como tal, revisable únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, también lo es que la ubicación de un terreno dentro de tal zona, así como su calificación de dominio público o propiedad privada es materia propia de la jurisdicción ordinaria, la que, sin interferir en modo alguno en el terreno de la contencioso-administrativa, puede debatir plenamente el carácter de bien público o privado de la parcela que nos ocupa.

Caracteres jurídicos.—Es doctrina de esta Sala: a) Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo terrestre se califican como bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los hechos obstativos de la misma o, en su caso, los derechos

que sobre los mismos aduzcan; b) que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si muestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880; c) que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público debe probar inexcusablemente, bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía; y d) que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad, habiendo especificado la Sentencia de 26 de abril de 1969 que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere no son los que provienen de un título de dominio o usucapión y tabular o de una posesión más a menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano. (Sentencia de 15 de septiembre de 1984; ha lugar.)

NOTA.—El caso contemplado por esta sentencia se parece bastante al que dio lugar a la de 11 de junio de 1985, comentada por el autor de este extracto en «La Ley», núm. 1.327, día 15 de noviembre de 1985.

Lo que llamaba la atención en aquella resolución era que la Sala Primera —partiendo de la misma tesis del dominio público sobre la zona marítimo terrestre— entendió aplicable el artículo 361 del Código civil, en el sentido de concluir que el Estado tenía que ejercitar la opción establecida en dicho precepto y, en su caso, indemnizar al concesionario por el importe de la edificación levantada por este último en el terreno de autos. Todo ello, con una singular apreciación de la «buena fe», según en el citado comentario exponíamos.

En la presente sentencia, por el contrario, se declara ajustada a Derecho la acción reivindicatoria entablada por el Abogado del Estado, desde luego sin indemnización alguna en favor de los ocupantes del terreno en cuestión, sobre el que habían levantado un edificio.

La diferencia en el desenlace debe de ser —creemos— debida al hecho de que en el caso actual se trataba de una concesión que, aunque databa de antiguo, se había limitado a autorizar la construcción de una casa de baños, siendo así que al momento de la reivindicación lo que se hallaba edificado era un hotel y una casa con viviendas y locales, esto es, había habido una notoria extralimitación en el disfrute de la concesión. Lo que, sin duda, y aunque la Sala no lo diga, privó al edificante de la «buena fe» precisa para el juego del artículo 361, que en cambio sí se consideró existente en el caso enjuiciado por la sentencia objeto de nuestro comentario en «La Ley». (R. de A.)

79. *Accesión del artículo 453 del Código civil.*—Se tacha a la resolución impugnada de no contener declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, fundamentándose la incongruencia que se aduce en la concreta alegación de que la referida resolución no fijó, como era obligado, el montante cuantitativo de la indemnización a percibir por los demandados en razón de las cosas de su propiedad cuya accesión se declaraba a favor de la finca de la entidad actora donde radicaban, motivo de precedente rechazo habida cuenta de que la sentencia que se impugna concretó dicho montante cuantitativo en la suma de 3.400.000 pesetas, aunque estableciera, como no podía menos, que de dicha suma habían de deducirse «los daños, menoscabos e inexistencias

de elementos tenidos en cuenta» cuando se practicó la liquidación pericial de lo que era objeto de accesión, pero que no subsistieran en el momento de su entrega a la actora, conclusión no sólo racional atendido el principio jurídico de evitar un enriquecimiento injusto que informa en nuestro ordenamiento jurídico el instituto de la accesión cuando concurre buena fe en el que ha operado sobre cosa ajena, sino, también, la que es procedente atendida la normativa reguladora del instituto expresado, pues asistido el que construyó de buena fe sobre cosa ajena del derecho de retención a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 453 del Código civil y conservando la posesión de la cosa que no adquiere el propietario de la principal hasta que se consuma el derecho que ejerció mediante la entrega material de la misma, la procedente aplicación de lo dispuesto en el artículo 458 obliga a detraer, mediante una simple operación matemática, del montante de la indemnización fijado en la sentencia, lo que por las vicisitudes que sean no se entrega, pues conclusión contraria llevaría a la consecuencia absurda de que en los casos ordinarios de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno el dueño del terreno al que accede lo edificado, plantado o sembrado tuviera que abonar el valor de una siembra ya cosechada, de una plantación desaparecida por inclemencias climatológicas o de una edificación totalmente arruinada por un seísmo.

En los supuestos de accesión el propietario de la cosa principal sólo está obligado a indemnizar al que construyó sobre ella por el valor de las mejoras existentes en el momento de la entrega de la misma, independientemente de la diligencia que haya empleado el dueño de la accesoría para conservarla mientras la tuvo en su poder. (Sentencia de 6 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

80. *Acción reivindicatoria. Reconocimiento de acción.*—«... la dicción genérica del párrafo segundo del artículo 348 del Código civil, que se dice violado, se limita a reconocer al propietario el derecho a ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa, con los requisitos consabidos y señalados por la jurisprudencia ... sin que sea preciso ... que se declare la nulidad del título opuesto por el poseedor, pues obvio es que la comparación del que se alega por éste con la del claro y tajante del Estado excusa cualquier declaración en aquel sentido y en el indiscutible y eminente del dominio público ya explícita la invalidez del que se atribuye el susodicho poseedor, respecto del cual, por otra parte, ya se hace en la sentencia impugnada suficiente alusión y declaración de invalidez, incluso decretando la nulidad y cancelación de las inscripciones existentes en el Registro a favor de dicho oponente, como se pedía en la demanda...».

Imprescriptibilidad del dominio público.—«... ni el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni el 1957 del Código civil en sus efectos a favor del titular inscrito de buena fe o del poseedor que prescribe por el tiempo legal, pueden afectar al dominio público ajeno al Registro e inmune a la prescripción (salvo la adquisición anterior a 1880)».

Dominio público.—«... la sentencia atacada, ... afirma el derecho del Estado define el trozo reivindicado como de dominio público y eso si deniega su entrega temporalmente para salvaguardar el derecho del particular demandado o quien,

como poseedor de buena fe y dueño de lo edificado, le mantiene en la posesión por obra de lo dispuesto en el artículo 361 del Código civil y de la concesión administrativa, acto que legitima (y que incluso permite la inscripción registral) al poseedor autorizado de terreno público para su uso y aprovechamiento exclusivo mientras la concesión dure (y no consta su extinción o caducidad) o la Administración no ordene el cese ... como muestra por lo demás del respeto legal a los «derechos legalmente adquiridos» por los particulares. (Sentencia de 4 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

81. *Acción reivindicatoria.*—La doctrina que proclama que si el poseedor demandado tiene un título más o menos firme no puede entablarse con éxito la acción declarativa o la reivindicatoria, sin atacar previamente o a la vez la eficacia del mismo, admite numerosas excepciones, entre otras, cuando el título del demandante es anterior al del demandado, cuando la nulidad del título en cuya virtud posee y en el cual funda su derecho el demandado es consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, cuando los respectivos títulos se derivan de documentos independientes entre sí, cuando se discuten cuestiones de preferencia o no sean contradictorias (Sentencias de 29 de noviembre de 1961, 8 de julio de 1954, 13 de noviembre de 1959, etc.) y también en casos como el presente en que la cuestión planteada no se inscribe en el círculo de las nulidades documentales por falta de alguno de los requisitos del contrato o por adolecer de vicios que lo invalidan, sino simplemente en el campo del valor que, apreciando las pruebas practicadas, debe darse a la descripción que de la finca se contenga en los respectivos títulos esgrimidos, en cuanto de tal valoración pueda derivarse la inclusión o exclusión en la escritura de compraventa de una concreta extensión de terreno, es decir, en cuanto dicha valoración pueda determinar el contorno perimetral que individualiza el inmueble.

Resolución sobre excepciones propuestas.—Es doctrina de esta Sala que no es preciso que en el fallo se resuelva de una manera expresa sobre cada una de las excepciones esgrimidas por el demandado cuando la estimación de alguna de las pretensiones del actor las excluya implícitamente.

Prueba de confesión.—La validez de la confesión está supeditada a que recaiga sobre hechos personales del confesante, y los linderos de un predio son datos objetivos y no hechos personales.

La fuerza probatoria de la confesión, *salvo excepciones* (el subrayado es nuestro), no puede dividirse contra el que la presta. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

82. *Tercería de dominio. Prueba.*—En la tercería de dominio ha de ser el tercerista quien haya de acreditar el dominio que invoca como soporte de su pretensión, y no el ejecutante ni el ejecutado, pues entender lo contrario significaría el exigir la acreditación de hechos negativos, contrariando la esencia y finalidad del artículo 1.214 del Código civil, que no son otras que el que el alegante de una determinada situación fáctica acredite los hechos normalmente constitutivos de las causas que la determinen.

Condiciones de ejercicio.—Lo a tener en cuenta en orden a la tercería de dominio es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo a que afecta

fue practicado, y no a las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad, por lo que reconocido por la resolución impugnada que el embargo en cuestión fue practicado a don J. G. B. con anterioridad a haber sido resuelto el contrato que le confería hasta entonces dominio sobre los bienes embargados, claro es que exclusivamente la situación dominical existente al tiempo de llevarse a cabo el meritado embargo es la que hay que tener en cuenta al respecto.

Tercería sobre bienes muebles.—Los artículos 449 y 464 del Código civil lo único que respectivamente sancionan es la presunción de posesión de los bienes muebles que se hallen en un inmueble por parte del que sea titular de éste y la equivalencia al título de la posesión de los bienes de tal naturaleza mueble al que la ejercite de buena fe, pero no que tengan protección registral por el simple hecho de que la tenga el inmueble inscrito en que se encuentran ubicados aquellos de índole mueble y que la ley por incorporación no les da naturaleza inmueble. (Sentencia de 17 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La tercería tenía por objeto el mobiliario e instalaciones de un edificio destinado a hotel, como tal inmueble inscrito en el Registro a nombre del tercerista. El ejecutado había adquirido dichos bienes muebles mediante permuta concertada con otra persona a quien el tercerista de este pleito había vendido el hotel con pacto de reserva de dominio. Puesto que el precio no había sido pagado por aquél, el tercerista invocaba con acierto su dominio sobre el inmueble o edificio. Pero dado que la tercería versaba sobre las instalaciones muebles, el tercerista había alegado que la permuta concertada por aquel a quien él había vendido el hotel con reserva de dominio y el ejecutado había sido resuelta convencionalmente por incumplimiento de este último. A lo que la Sala responde con la doctrina del apartado segundo del extracto precedente, incuestionablemente correcta.

Nos queda la duda, sin embargo, respecto a un extremo que no se discutió en casación o al menos no se formuló debidamente por el tercerista recurrente. Nos referimos al hecho, alegado por este último en su demanda, de que parte de los muebles e instalaciones habían sido vendidas por él al comprador con reserva de dominio y luego permutante. En virtud de esa reserva de dominio, dicho comprador permutó cosas ajenas, lo que hubiese permitido, acaso, plantear la cuestión relativa a la propiedad de las mismas al margen de la resolución *de la permuta*. Pero probablemente habría sido el mismo el desenlace, habida cuenta de la doctrina sobre efectos frente a terceros (en este caso, el ejecutante) del pacto de reserva de dominio. (R. de A.)

83. *Tercería de dominio.*—Es constante doctrina de la Sala que, antes de proceder a la indagación referida a si los bienes embargados pertenecen en propiedad al accionante de tercería, ha de examinarse si el mismo es propiamente tercero, o si por el contrario es el mismo deudor, ya que de concurrir en el demandante tal condición carecería de legitimación precisa para ejercitar la acción tendente a que se declare ser titular dominical del bien embargado y cuyo dominio proclama ostentar. (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El tercerista resultaba ser titular de varias empresas sin personalidad jurídica distinta de la de su dueño, por lo que éste como comerciante individual, aunque adoptando distintos nombres comerciales, era el único responsable y deudor por los daños que dieron lugar al juicio de menor cuantía en el que se trabó el embargo del vehículo al que la presente tercería se refiere.

(R. de A.)

84. *Servidumbre de paso: Adquisición por usucapión de acuerdo con la Compilación de Aragón.*—Como se declara en la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos acepta la de apelación, la casa que en 1930 construyó un antecesor del actual propietario en la parte que lindaba con el camino tenía abierta una puerta de comunicación con él, y es indudable que tal puerta de acceso estaba proclamando de forma manifiesta, ostensible, el uso y aprovechamiento que de él se hacía; llevando consigo tal normativa, también, la adquisición de la servidumbre por usucapión, a tenor del artículo 147 de la repetida Compilación (de Aragón), al haber transcurrido más de diez años entre presentes en la posesión de la misma a contar desde la entrada en vigor de la citada Compilación de 8 de abril de 1967, hasta que la Cooperativa actora, después de la adquisición el 18 de septiembre de 1978 de un trozo de terreno al Sindicato de Riegos de Miraflores, iniciara la ejecución de unas obras impidiendo con ello al recurrente, dueño de la casa, el paso por la entrada del camino de C. desde la calle Miguel Servet; todo ello aun prescindiendo del uso y disfrute del repetido camino por los anteriores titulares del predio en que se construyó la casa, uso y disfrute inicialmente, y desde tiempo inmemorial, como condueño del camino, y después como miembro de la Comunidad de Regantes, pues lo que aquí se tiene en cuenta para llegar a la expresada conclusión adquisitiva es la posesión de tal servidumbre no como dueño de una finca rústica y por ende miembro de la Comunidad de Regantes, sino como propietario de la casa construida sobre ella y a la que se accede por el indicado camino. (Sentencia de 12 de julio de 1984; ha lugar.)

(R. de A.)

Derecho de Familia

85. *Falta de «consentimiento uxoris».*—Las ventas de bienes inmuebles realizadas por el marido durante el matrimonio sin consentimiento de la mujer, no son nulas de pleno derecho y solamente anulables a instancia de la misma o de sus herederos. (Sentencia de 19 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

86. *Retracto convencional.*—«... El ejercicio del retracto aludido imponía ... el pago por el demandado de la suma ... dentro del plazo judicialmente declarado de diez años desde la fecha del contrato, plazo que terminó sin que el deudor, ahora recurrente, pagase dicha suma dentro de ese plazo, por lo que el retracto a su favor quedó sin efecto. No enerva esa extinción el hecho de que el deudor depositase una suma en determinado banco sin que conste que esa suma estuviese a disposición del actor».

Disposición de bienes gananciales por el marido. Artículo 1.413 C. c. Ausencia de impugnación por la esposa.—Esta Sala de Casación ha declarado reiteradamente que conforme a la legalidad anterior a 1981, al ostentar el marido la representación del patrimonio ganancial, podía realizar la venta de bienes inmuebles si bien, al faltar el consentimiento de la mujer, sólo ésta o sus herederos podían ejercitar la acción de nulidad, pero no el marido ni la persona que con él contrató (SS. 30-3-1982 y anteriores); por tanto la venta no es nula de pleno derecho sino solamente anulable a instancia de la esposa o sus herederos. (S. entre otras, de 19-10-1984). (Sentencia de 8 de noviembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Reclamado en instancia por el hoy recurrido en casación, se declarase caducado el ejercicio del derecho de retracto convencional sobre un inmueble (cedido por el hoy recurrente en pago de una deuda al recurrido), por no ejercicio del mismo ni pago de la deuda, el Juzgador de instancia declaró caducado el derecho. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial confirmó la de Instancia; planteado recurso de casación, se declaró no haber lugar a lo solicitado, confirmando las decisiones de Instancia y Audiencia.

NOTA.—La solución del Tribunal Supremo en cuanto al problema de la posible infracción del artículo 1.413 del Código civil, en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, mantiene los criterios que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente venían manteniéndose desde la aparición del precepto en 1958:

— En primer lugar, en cuanto al carácter del consentimiento *uxoris* al que hace referencia el citado precepto, se mantiene indirectamente la idea de que el mismo no puede ser entendido como una excepción al poder que ostentaba el marido como administrador de la sociedad de gananciales, no siendo por tanto un consentimiento que implique una exigencia de codisposición respecto de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles (SS. 13-3-1964; 7-2, 3-3 y 21-4-1964, 3-3-1969, 2-6-1972; así como más recientemente las de la A. T. de La Coruña de 24-11-1984 y 28-11-1981 de la A. T. de Cáceres, entre otras muchas, en cuanto a la doctrina véase, p. ej., LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*; CÁMARA ALVAREZ, *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en ADC, 1959, tomo XII, fasc. II...), sino que tal consentimiento se entiende como un negocio de asentimiento, desde un punto de vista positivo, o como un límite o cortapisa a los amplios poderes de actuación del marido.

— En segundo lugar, y consecuencia del anterior planteamiento, los actos efectuados por el marido contraviniendo la exigencia de tal consentimiento, no pueden considerarse como nulos de pleno derecho (como pudo mantener DE LA RICA, apoyado precisamente en su entendimiento de la exigencia del artículo 1.413, como la de una situación de codisposición por parte de ambos cónyuges), sino anulables, como matiza la sentencia que comentamos, como consecuencia de la actuación impugnadora de la esposa de cuyo consentimiento se ha prescindido, o de los herederos de la misma, pero nunca de la impugnación del esposo actuante o de aquél con el que éste contrató (SS. 22-6-1966, 29-10-1970, entre otras...).
(M. P. B. M.)

II. DERECHO MERCANTIL

87. *Propiedad Industrial. Marca registrada. Protección en vía civil.*—Como tiene declarado esta Sala con reiteración, carece de consistencia la afirmación de que la protección que el artículo 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial dispensa a la marca registrada quede limitada a los extremos que dicho artículo menciona, pues al particular que ostenta su titularidad no puede negarse el derecho a obtener en vía civil una declaración que le faculte para perseguir las infracciones, cualesquiera que sean, al objeto de impedir que se cometa el mal y no deducirse a reprimir sus consecuencias, pues, en definitiva, quien tiene inscrita una marca en el Registro de la Propiedad Industrial puede hacer valer ante los Tribunales su derecho a no ser perturbado en su empleo como una emanación de ese derecho especial de propiedad. (Sentencia de 5 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora había demandado solicitando que se declarase que la demandada carece de derecho a utilizar la denominación X para señalar y dis-

tinguir una leche adaptada, por tener dicha marca denegada por el Registro de la Propiedad Industrial, debiendo abstenerse de utilizar tal denominación en lo sucesivo. La demanda fue estimada en este punto en ambas instancias.

(R. de A.)

88. *Propiedad industrial: Nulidad de inscripción de rótulo de establecimiento. Normas valorativas de la prueba.*—Ni el artículo 1.º del Estatuto de la Propiedad Industrial, ni el 2.º, ni los 12 y 22, que son los citados en el recurso, contienen norma de valoración de prueba de inexcusable observancia que haya podido ser conculcada en la instancia.

Artículo 14, párrafo 1.º del Estatuto.—Lo que establece es la prescripción de las acciones que puedan corresponder a terceros para alegar la existencia de vicios capaces de anular la adquisición y, por ello, no cabe hablar de prescripción adquisitiva, sino de prescripción extintiva, respecto de la que las cuestiones relativas al plazo y condiciones de la reclamación han de regularse por el capítulo III y no por el II del título XVIII del Código civil, en el que los artículos 1.969 y 1.973 son bien expresivos contra la tesis del recurrente.

Legitimación de titular no inscrito para oponerse a una inscripción.—Tesis que, además de plantear un tema de legitimación de un titular no inscrito para enfrentar la inscripción, resuelto, uniformemente, en sentido afirmativo por la jurisprudencia, como claramente pone de manifiesto la doctrina de que son muestra, entre otras, las Sentencias de 19-2-1970 y 10-11-1977, pretende trasladar la controversia...

La sentencia combatida declara la nulidad del rótulo número... con base, esencialmente, en la presencia de un usuario extrarregistral de la propia denominación, desde tiempo muy anterior al de la inscripción de aquél y cuya acción anulatoria se ejerció antes de haber transcurrido los tres años necesarios, según el artículo 14 del Estatuto, para la consolidación del rótulo del demandado inscrito, razonamiento básico determinante de la nulidad declarada que permanecería invariable, cualquiera que fuese la consideración que las infracciones acusadas en dichos motivos mereciesen, ya que la argumentación fundamental dicha de la sentencia impugnada y su decisión permanecerían obviamente invariables tanto si el rótulo cuya nulidad se declara se le han podido oponer como si no las objeciones de los apartados a) y b) del artículo 212 del Estatuto como si al mismo se ha extendido o no la prohibición que el número 6.º del artículo 124 señala para las marcas y el 210, d) extiende a los nombres comerciales. (Sentencia de 14 de julio de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

89. *Propiedad industrial: Uso de marca y artículo 31 del Estatuto sobre la Propiedad Industrial.*—El motivo único del recurso interpuesto por las entidades actoras se ampara en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracción por violación del artículo 31 del referido Estatuto, argumentando que dicho precepto «permite impedir las llamadas importaciones paralelas por quienes son los titulares de la marca registrada y los licenciatarios o sublicenciatarios de uso de dicha marca, cuyos contratos hayan sido inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial», pues el acceso al mismo de un contrato o subcontrato de esa clase «le otorga eficacia frente a terceros y permite

al sublicenciado (sic) de uso de una marca oponerse a la realización de importaciones de productos de dicha marca»; alegación que no puede prosperar, por las siguientes razones: Primera) Si, como reconocen las recurrentes, «la cuestión planteada es la de eventual circulación de las mercancías *marcadas lícitamente en el país de origen*, aun cuando la marca pertenezca en el país de su destino a otro sujeto», claro está que no existe en la normativa estatutaria sobre tal signo un precepto específico prohibitivo de una actividad como la que se pretende impedir, y no cabe invocar el artículo 10 del Estatuto, como el recurso sostiene, ya que tal disposición, concebida en términos de gran generalidad, se limita a enunciar el amparo dispensable, «en la forma y condiciones que se determinan», a las patentes, marcas, modelos y dibujos de todas clases, nombres comerciales, rótulos de establecimiento y películas cinematográficas», cuando el registro fuere concedido. Segunda) El derecho a la explotación exclusiva que la marca otorga a su titular, distinguiendo el producto fabricado de los similares en el mercado (artículo 1.º del Estatuto), ninguna relación guarda con la situación creada por la reventa en el área geográfica a la que se extiende la licencia de uso de la marca de productos lícitamente distinguidos con ésta y adquiridos en el ejercicio de una procedente actividad comercial, aunque acudiendo a cauces distintos de los abiertos por el beneficiario de la concesión. Tercera) El artículo 31 del Estatuto, única norma cuya infracción se aduce, se limita a disponer, en concordancia con el 32, que las transferencias de modalidades de la propiedad industrial no perjudican a tercero mientras no se acredite mediante el oportuno documento fehaciente en los libros del Registro la transmisión operada (S. de 6-10-72 y las que en ella se citan), supuesto normativo en el que no cabe subsumir, por evidente diversidad, una situación como la debatida en el proceso y planteada en el recurso, y por otra parte entre las modalidades registrales susceptibles de derecho de propiedad industrial no están comprendidos los contratos de «licencia y sublicencia de uso» de una marca (arts. 2 y 3 del Estatuto y art. 2 del Convenio de París de 20-1-1883, con sus posteriores revisiones hasta el 14-7-1967), lo que significa que esos negocios, con los efectos vinculantes del caso entre los que se ligaron, no pueden constreñir en forma alguna las importaciones que del producto ya fabricado por el originario titular de la marca se hagan con destino a su venta en el mercado nacional, como acontece, *mutatis mutandis*, con las patentes de introducción. Cuarta) En definitiva, dichos convenios, que tanta analogía guardan con los de concesión o distribución en exclusiva, negocios atípicos y de naturaleza mixta, aludidos en repetidas ocasiones por la jurisprudencia y práctica identidad con el contrato denominado de «Franchising», caracterizado por la autorización que el concedente da al concesionario para utilizar su marca, generalmente internacional, integrándolo en su red de comercialización, no pueden entrañar obstáculo para que un tercero ajeno al pacto pueda comerciar productos con la marca legítima y por lo tanto fabricados por el cedente, sin que a ello pueda oponerse la constancia registral o toma de razón de la licencia de uso de tal signo distintivo, aunque sí legitimarán a los concesionarios para combatir la fabricación en territorio nacional de los aparatos y máquinas diferenciados con la marca. (Sentencia de 15 de mayo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La mejor descripción del caso debatido es la que se formula en el primer Considerando de la sentencia, que transcribimos literalmente:

«Para llegar a la desestimación de la demanda la Sala de Instancia sienta

como hecho capital de su tesis, no combatido en el recurso, el aserto de que los frigoríficos y máquinas productoras de hielo comercializados por la entidad demandada "F., S. A.", tienen auténtica marca en debate y han sido adquiridos lícitamente en el mercado internacional para su reventa en territorio español; premisas que sirven a su conclusión de que sin negar la realidad de la licencia para el uso de aquel signo distintivo concedida por "K. T., Co." en favor de la codemandante "Fri., S. p. A.", así como la de la "sublicencia" otorgada por la segunda en beneficio de la también actora "M., S. A.", la pretensión de tales entidades postulando la condena de la demandada "a cesar en el uso de la marca "X", absteniéndose en lo sucesivo de cualquier acto de perturbación en la pacífica posesión de la misma" a las accionantes, tiene que ser rechazada por cuanto que, según entiende, el contrato de licencia de uso de una marca, en cuya virtud se faculta a un tercero para su utilización (que en principio corresponde con carácter exclusivo al titular concedente), no puede impedir que quien ha adquirido, «prevaliéndose de unos canales comerciales en modo alguno prohibidos», algunos productos con tal elemento diferenciador, use la marca inherente a las mercaderías y que no puede suprimir con arreglo a lo ordenado en el número 4.º del artículo 123 del Estatuto sobre la Propiedad Industrial, "anunciándola y exponiéndola al público mediante fotografías u otros medios de publicidad, no cabiendo convertir un problema sobre determinadas deficiencias de distribución comercial en otro distinto sobre derechos de propiedad industrial en modo alguno conculcados, a menos que se reconozca la creación de una situación monopolística que impida a los demás comerciantes ejercitar debidamente su actividad mercantil"».

(R. de A.º)

90. *Marcas* (identidad denominativa).—La Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Propiedad Industrial tienden ambas a evitar el riesgo de error o confusión, que tanto entre personas jurídicas como entre sus actividades y productos puede producirse, en perjuicio general, por la denominación coincidente entre una marca y una denominación social, cuando aquélla ampara la comercialización de los mismos productos que constituyen el objeto social de la anónima, cuya idéntica designación puede, además, encubrir un acto apropiatorio de los derechos adquiridos por la más antigua denominación.

Asimismo, la nueva comprobación en el Registro Mercantil, por una sociedad anónima del dato de que no existe registrada una denominación idéntica a la elegida por ella, no agota las posibilidades de que se declare la improcedencia de la denominación social pretendida cuando exista un obstáculo, de sentido contrario a esta pretensión con entidad ético-jurídica suficiente, tal y como sucede en el presente caso en el que se impone erradicar el riesgo de error o confusión en el mercado, provocado por la absoluta identidad denominativa y de productos amparados, entra una marca preexistente notoriamente conocida y una denominación social a la que faltan en el caso litigioso los principios de novedad y veracidad. Esto supuesto, es criterio jurisprudencial admitido declarar el derecho del titular inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial a proceder de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 199 del Estatuto, contra la denominación social a la que el Registro Mercantil no había señalado obstáculo alguno derivado del artículo 2 *in fine* de la citada ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas. En el supuesto litigioso es procedente el recurso, por aplicación indebida en la instancia del artículo 2 de la Ley de Sociedades Anónimas

y ordinal cuarto por inaplicación del artículo 7, 2.º del Código civil, que autoriza la adopción de medidas jurídicas que impidan la persistencia de un acto cual es el de la entidad demandada que sobrepasa los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero en el caso identidad denominativa y de áreas comerciales en que se desenvuelven los productos distinguidos en aquellas marcas. (Sentencia de 16 de julio de 1985; ha lugar.) (F. Ll.)

91. *Legitimación para oponerse a la solicitud de convocatoria de Junta General de accionistas.*—De acuerdo con el artículo de la Ley de Sociedades Anónimas, carece de legitimación para impugnar en sede jurisdicción voluntaria la petición de convocatoria de Junta General Extraordinaria, hecha por número bastante de socios que acreditan su condición de tales, quien actúa como persona individual desconectada de la entidad social y sin título alguno para intervenir en nombre suyo. (M. Z. R.)

92. *Suficiencia del poder.*—Conforme a los artículos 21 núm. 6.º del Código de comercio, 72 de la Ley de Sociedades Anónimas y 95 del Reglamento del Registro Mercantil, el poder otorgado o delegado a nombre de una sociedad mercantil debe inscribirse para entender suficiente el apoderamiento conferido por el mandatario a un Procurador de los Tribunales, sin que la omisión pueda suplirse alegando su acreditación en otro juicio. (Sentencia de 13 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

93. *Competencia de la Junta General Extraordinaria.*—Del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas se infiere que, además de entender y pronunciarse sobre las materias expresamente atribuidas a su competencia, la Junta General Extraordinaria puede conocer de cuestiones que, debiendo haberse sometido a la Junta General Ordinaria, no lo fueron por haber vencido el plazo fijado para celebrar esta última. (Sentencia de 18 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

(M. Z. R.)

94. *Acción cambiaria que se hace valer fuera del juicio ejecutivo: El tercero poseedor de la letra y ajeno a la relación causal es inmune a las excepciones oponibles al librador.*—Es preciso anteponer al estudio particularizado de este motivo primero, los siguientes antecedentes: A) es parte demandante y ahora recurrida, en el juicio de que el presente recurso dimana, el Banco C. I. de Madrid; B) la reclamación de cantidad que es objeto de la pretensión de condena que tiene deducida, se apoya en diez letras de cambio, cada una de ellas de capital 1.250.000 pesetas, expedida el 18 de mayo de 1977 y con vencimientos del 24 de marzo de 1978 al 25 de mayo de 1978, todas ellas protestadas por falta de pago; C) dichas letras fueron expedidas en dicha fecha del 18 de marzo de 1977 por «Inmobiliaria «I. y C., S. A.», contra la aceptante y aquí demandada y recurrente «Inmobiliaria C., S. A.»; apareciendo expedidas a la orden de Germán y Manuel B. E.; siendo posteriormente, en 17 de junio de 1977, endosadas a la entidad aquí demandante y recurrida; D) las circunstanciadas letras fueron expedidas en su fecha representando parte del precio de 160.000.000 de pesetas de la compraventa de dos fincas urbanas adquiridas de la entidad libradora como vendedora, por la aceptante como compradora, contrato de esa misma fecha de

que forma parte la cláusula adicional III según la cual si «la construcción (proyectada por la compradora) no pudiera llevarse a cabo por algún impedimento legal, no imputable a la sociedad compradora, el contrato suscrito entre las partes quedaría resuelto y sin efecto alguno con la devolución por parte de la sociedad vendedora de las cantidades recibidas» que es, justamente, el evento acaecido ya que, con fecha 1 de diciembre de 1977, la Dirección General del Patrimonio Artístico, Archivos y Museos, al acordar la incoación de expediente de declaración de Conjunto Histórico Artístico a favor de Aranjuez, dispuso no pudieran llevarse a cabo obras sin la aprobación previa del proyecto correspondiente por dicha Dirección General, siguiéndose que, en el caso de las fincas vendidas, una de ellas ha sido declarada Monumento Histórico Artístico, sin posibilidad de derribo y obligación de restaurarlo y conservarlo y la otra servirá para la creación de una zona verde pública; E) siendo la acción ejercitada por la entidad demandante y recurrida, la cambiaria derivada de las letras y que ejercita en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía antecedido de diligencias preparatorias de ejecución en que la entidad aceptante negó la autenticidad de las firmas puestas en la aceptación por cuanto, según manifestó el órgano social que las suscribió, «se parecen a las habitualmente utilizadas por el declarante (pero) no puede asegurar si son o no las suyas»; no habiendo comparecido al acto de conciliación celebrado a instancia de la entidad demandante y recurrida.

Fuera de los casos en que, ejercitándose la acción ordinaria y no alguna de las acciones basadas en la letra de cambio, ésta no constituye sino prueba documental acreditativo, en unión de las restantes pruebas, de la existencia del negocio causal subyacente (supuesto contemplado por las Sentencias de 5-10-71, 4-7-1981 y 27-4 y 9-12-1983, entre otras), la jurisprudencia de esta Sala ha despejado la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, quedando en claro que existen acciones de naturaleza estrictamente cambiaria y para ser hechas valer fuera del juicio ejecutivo, nacidas de la letra misma y desligadas de las relaciones extracambiarías, siendo requisitos de la acción cambiaria declarativa cuyo objeto es el pago o reembolso del capital de una letra de cambio, según la doctrina de las Sentencias de 17-10 y 27-12-1984, las muchas más que allí se citan, y la doctrina científica más autorizada, primero que tenga como base una letra de cambio, que, para serlo, habrá de reunir cuantos requisitos formales exige el artículo 444 del Código de comercio para que nazca el documento a la vida del Derecho; segundo, que se esté ante alguno de los supuestos que facultan al legítimo portador de la letra para exigir su pago, así los contemplados por el artículo 516 del Código de comercio, y tercero, que no hayan sobrevenido la caducidad o decadencia o prescripción de la acción; apareciendo en el caso (sobre que nada se ha alegado respecto de los requisitos primero y tercero) que la acción ejercitada por la entidad demandante y recurrida ha sido la acción cambiaria derivada de las letras que le habían sido cedidas mediante legítimo endoso, regido por el artículo 461 (que se invoca precisamente por el motivo, como precepto infringido por errónea interpretación), ostentando por tanto la titularidad de las letras alcanzado por el endoso en su favor efectuado por los tomadores a cuya orden se libraron, según las especificaciones antepuestas, estando la entidad aceptante aquí demandada y recurrente constituida, por su aceptación, en la obligación de pagar las letras a su vencimiento, con entera abstracción de la «causa debendi» al haber ganado las letras, al ser puestas en circulación, el rango de instrumentos de crédito y procediéndose

aquí a instancia de un tercero poseedor de las mismas y ajeno a la relación causal con motivo de la cual se crearon para que sirviesen de medios de pago, alcanzando así el endosatario (Sentencia de 18-4-1981), una posición inmune a las excepciones oponibles al librador, por haberse transmutado las letras de medio de pago en título que significa un valor en manos de cualquier persona legitimada y revelándose su carácter de documento destinado a la circulación a modo de papel moneda del comerciante o «viajero nato»; de suerte, en definitiva, que la excepción que pudo oponérsele a la entidad libradora en el concepto de vendedora de las fincas y consistente en la aplicación de la cláusula adicional III del contrato de 18 de mayo de 1977 no es, por lo explicado, aducible enfrente de la entidad cesionaria; y, siendo esta cláusula el dispositivo defensivo utilizado y permaneciendo inmune al mismo la entidad cesionaria, es claro que éste motivo primero debe seguir la misma suerte que los anteriores y con él, todo el recurso. (Sentencia de 1 de julio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

95. *La prescripción trienal del artículo 950 del Código de comercio.*—No será aplicable cuando la letra esté en relación con otro contrato, que es su antecedente causal, lo que implica que ha de tratarse de acciones genuinamente cambiarias por su origen, por su naturaleza y por su inseparabilidad de la estructura y funciones de la letra, en otras palabras, que el precepto conviene a las acciones directa, regresiva y la llamada de enriquecimiento, como verdaderamente basadas en el título.

El contrato de descuento bancario.—Es un negocio complejo y atípico aunque aludido por los artículos 177, 178, párrafo 2.º y 183 del C. de c., no asimilable por tanto a un propio préstamo mutuo ni a la compraventa de créditos, y ocasiona, por virtud de la cláusula comercial «salvo buen fin» del crédito cedido *pro solvendo*, que si el deudor no paga y por consiguiente no lo hace el librado aceptante en el descuento cambiario (sic), viene obligado a realizarlo el cedente, sujeto pasivo de la acción de reembolso esgrimida por el descontante cesionario

Prescripción de la acción derivada de operación de descuento.—No es la cambiaria por vía directa ni por las regresivas a que se refieren los artículos 459, 460, 515 y 525 del C. de c., ni con relación a ella (dicha acción) tendría justificación la brevedad de tal plazo prescriptivo que, por exigencias de la seguridad del tráfico, preside, con enérgico trazo, la formación y circulación de la letra de cambio, por lo que habrá que aplicar como procedente el término de prescripción del artículo 1.964 del C. c., pues se entabla una acción personal que no tiene señalado un tiempo específico.

Interrupción de la prescripción de obligaciones mercantiles.—En todo caso, la prescripción es susceptible de interrumpirse por los actos mencionados en el artículo 944 C. de c. y no cabe entender que la resolución judicial en el expediente de suspensión de pagos excluyendo el crédito de la lista definitiva pero reservando al acreedor el ejercicio de su derecho para el juicio ordinario correspondiente, como preceptúa el artículo 12 de la Ley de 26 de julio de 1922, tiene el alcance de una verdadera desestimación de la demanda a los efectos del citado artículo 944 del C. de c.

Tratamiento restrictivo de la prescripción.—Como instituto no fundado en la justicia intrínseca, la prescripción debe ser objeto de un tratamiento restrictivo,

huyendo de aplicaciones técnicamente desmedidas, y es patente que la solicitud de inclusión de los créditos en el expediente de suspensión de pagos revela un ostensible *animus conservandi*. (Sentencia de 21 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

96. *Transportes por carretera. Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956: No es preceptivo acompañar documentos a la reclamación escrita.*—Se fundamenta el recurso en que a la reclamación escrita a que se refiere el artículo 32.2 del citado Convenio, que produce efectos de interrupción de la prescripción, no se acompañaron los documentos a que se alude en el precepto. La Sala declara que: a) la norma en cuestión no establece como preceptivo que al hacer la reclamación escrita se acompañen documentos, siendo lo esencial y verdadera «ratio legis» la reclamación extrajudicial por escrito, y no que se adjunte a la misma documento alguno, aunque en caso de acompañarlos han de devolverse al contestar; b) del texto literal de la norma no se deduce en modo alguno que sea ineficaz la reclamación escrita a la que no se acompañan documentos, por lo que la del caso debatido ha de surtir plenos efectos, puesto que consta probado que el deudor recibió una carta de reclamación en octubre de 1978 y además se hizo la misma reclamación ante la Junta de Detasas en 1 de junio de 1979, a las cuales no ha contestado en forma alguna.

Interrupción y suspensión de la prescripción.—Nuestra legislación sustantiva civil, apartándose de los precedentes patrios, no recoge la suspensión de la prescripción. En cambio, algunas legislaciones extranjeras sí regulan la suspensión de la prescripción (cita de textos de Derecho extranjero). Los que en esas legislaciones se reconocen como de suspensión, en nuestro Código civil se consideran casos de interrupción. La suspensión sólo se aplica en el ordenamiento español cuando la ley de forma expresa se refiere a ella mandando que el plazo «se reanude» y no que «comience a correr de nuevo». Y dentro de esta regla general de interrupción y no de suspensión se ha declarado por esta Sala que la demanda que reúne los requisitos legales del artículo 524 de la L.e.c. una vez presentada interrumpe la prescripción, aunque no se haya celebrado acto de conciliación previo, circunstancia que no invalida las actuaciones procesales iniciadas con la demanda. Por lo que ha de ser desestimado el motivo del recurso que alega la infracción por violación del artículo 32, núm. 3.º del Convenio de Ginebra, norma que deja a salvo lo dispuesto en el párrafo anterior y que se limita a determinar que tanto para la suspensión como para la interrupción de la prescripción se seguirá la ley del territorio en que se tramite el proceso. Por lo tanto, en el caso de la legislación española, la exclusión de las causas de suspensión. (Sentencia de 31 de mayo de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—El demandante había concertado con el demandado, una sociedad transportista, un contrato de esta clase, que tenía por objeto un cargamento de melones con destino Francia. A la llegada de la mercancía al punto de destino se descubrió el deterioro de la misma, causado por avería del sistema frigorífico del camión que la había transportado. La mercancía había llegado a destino el 8 de junio de 1978. En octubre del mismo año, y luego el 7 de marzo de 1979, la demandante había remitido a la demandada sendas cartas certificadas de reclamación. El 1 de junio de 1979, la misma actora formuló petición ante la Junta de Detasas, que terminó con informe favorable a su reclamación. Por fin, el 13 de

noviembre de 1979 se formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona la demanda rectora de este pleito.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, en que como pedimento fundamental se solicitaba la condena al pago de la averfa parcial de la mercancía.

Para comprender la doctrina de la sentencia hay que tener presente que el artículo 32.2 del Convenio de Ginebra dice: «La reclamación escrita interrumpe la prescripción hasta el día en que el transportista responda por escrito dicha reclamación y devuelva los documentos que acompañan a la misma. En caso de aceptación parcial a la reclamación, la prescripción no vuelve a tomar su curso más que por la parte reclamada que continúa en litigio. La prueba de la recepción de la reclamación o de la respuesta y de la devolución de documentos corren a cargo de quien invoque este hecho. Las reclamaciones ulteriores que tengan el mismo objeto no interrumpen la prescripción».

Nos remitimos al comentario que el autor de este extracto hizo de la presente sentencia en «La Ley», núm. 1.316 del año VI, 31 de octubre de 1985. (R. de A.)

97. *Deber de conservación a cargo del consignatario.*—La Sala sienta la doctrina de que la obligación de conservar del consignatario, y de la que ha surgido su responsabilidad por conducta negligente, no emana de un contrato típico de depósito, sino del genérico y accesorio deber de conservar la mercancía hasta su entrega a los destinatarios. (Sentencia de 28 de junio de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

98. *Imposiciones de dinero a plazo fijo: Naturaleza.*—CONSIDERANDO: que las llamadas en el ámbito de la banca «imposiciones de dinero a plazo fijo», constituyen una de las numerosas figuras que en dicho marco mercantil se integran en el campo de los llamados negocios jurídicos bancarios y dentro de los cuales la doctrina mercantilista distingue cuando menos como modalidades las representadas por los contratos de «depósito a la vista» y «a plazo fijo», así como los «depósitos simples» y «en cuenta corriente»; concretamente, el negocio aquí contemplado, lo constituye cual se indica al comienzo de este fundamento, un «contrato de depósito de dinero a plazo fijo», categoría esta de negocios jurídicos mercantiles que como ya indicó esta Sala en su sentencia de 26-10-1966, se caracterizan por su «notoria pobreza de esquemas legales» y respecto del cual tampoco la doctrina mercantilista se caracteriza por la riqueza de sus construcciones, que oscilan entre las que le atribuyen la naturaleza del depósito irregular y aquellas otras que estiman se trata de una figura negocial dotada de caracteres especiales, sin olvidar aquella otra que con apoyo en alguna concreta sentencia de esta Sala (20-1-1915 y 19-10-1925, sin olvidar la de 28-11-1896, que abre el camino para ello), estiman que habida cuenta la posición del Código civil que no autoriza la existencia del depósito irregular, en este tipo de contratos en que el depositante puede disponer del capital depositado, nos hallamos a presencia de un préstamo. (Sentencia de 2 de julio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la tercería de dominio entablada en solicitud de que se alzasen y dejasen sin efecto embargos causados en juicio ejecutivo entablado por el Banco X sobre imposiciones a plazo fijo y sus frutos e intereses, que los terceristas decían ser de su titularidad, por lo que suplicaban asimismo se pusiese a su disposición el importe y los saldos de dichas imposiciones, por estar vencidas.

Hemos de advertir que en la última parte del texto reproducido debe de haber

un error material, consistente en que se dice «el depositante *puede* disponer del capital desembolsado», cuando parece que lo correcto es decir «*no puede* disponer».
(R. de A.)

99. *Prescripción extintiva: Interpretación restrictiva e inicio del cómputo del plazo.*—El motivo cuarto alega interpretación errónea del artículo 952. 2.º del Código de comercio y doctrina concordante, consistiendo en haber aceptado como válida, a efectos del cómputo de la caducidad, la fecha de la emisión de la carta de protesta y no la de recepción por el armador, y tampoco puede ser estimado, y ello, no sólo por el criterio restrictivo con que, como tiene reiteradamente sentado esta Sala, debe ser interpretada la institución de la prescripción de acciones, sino también porque siendo esta una carga jurídica que se impone al posible accionante como consecuencia de su falta de actividad en el ejercicio de sus derechos, no resultaría justo que una vez adoptada por ésta las prevenciones y actividades que le competen —en este caso la protesta de avería— no comenzara a contar su eficacia en el momento en que el deudor la recibe, con lo que quedaría al arbitrio de un tercero —en este caso los servicios postales— la determinación de si el ejercicio de un derecho había sido llevado a cabo dentro del plazo legal, por todo lo cual procede la desestimación de este cuarto motivo.

Valoración de los daños de las mercancías transportadas: Artículo 367 del Código de comercio.—No mejor fortuna habrán de alcanzar los motivos quinto y sexto, al amparo ambos del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, el primero de ellos, por no aplicación del artículo 367 del Código de comercio en relación con los artículos 2.126 y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina legal que lo interpreta, y por interpretación errónea, el segundo de los citados preceptos, alegándose por el recurrente a lo largo del desarrollo de estos motivos que el artículo 367 del Código de comercio y la doctrina que los interpreta exigen que la valoración de los daños causados en las mercancías transportadas debe hacerse a través del procedimiento que se especifica en tales preceptos, y si bien es cierto que una reiterada doctrina de esta Sala, cuyas últimas muestras son las Sentencias de 24-5-73 y 3-1-84 alude a la obligación de proceder al reconocimiento por peritos nombrados por las partes y un tercero designado por el Juez, con objeto de fijar la cuantía de los daños, procediéndose al depósito judicial de las mercancías en almacén, si o se llega a un acuerdo, también lo es que tal procedimiento judicial solamente es preciso «si ocurrieren dudas y contestaciones entre el consignatario y el porteador sobre el estado en que se hallen los efectos transportados al tiempo de hacerse al primero su entrega», según precisa el referido artículo 367 del Código de comercio, y es lo cierto que, en el supuesto que nos ocupa, comprobada que fue por el consignatario la avería de la mercancía, y acreditada por peritación veterinaria que el atún transportado, como consecuencia de su descongelación y semiputrefacción no resultaba apropiado para su consumo humano, y sí únicamente para su transformación en harina de pescado, y habiéndose dado cuenta de ello al porteador, éste, lejos de contestar el estado en que se hallaban los efectos transportados, se limitó a dar traslado del asunto al de Protección e Indemnización para su estudio e instrucciones, como acertadamente hace constar la resolución recurrida en su Considerando Octavo, por lo que, al no haber surgido tales dudas y contestaciones, resulta inaplicable el mandato del artículo 367 del Código

de comercio, debiendo, en su consecuencia, decaer estos dos últimos motivos. (Sentencia de 21 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Sobre el extremo a que se refiere el epígrafe segundo de este extracto, conviene reproducir el motivo correspondiente del recurso —desestimado—, para la cabal comprensión de la doctrina de la Sala. Decía así el motivo quinto:

«QUINTO: Por infracción de ley y doctrina legal al amparo del núm. 1 del artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el concepto de violación por no aplicación del artículo 367 del Código de comercio en relación con los artículos 2.126 y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina legal que los interpreta, recogida entre otras, en las Sentencias de 24 de mayo 1956, de 24 de abril de 1958, 24 de mayo de 1977, 15 de junio de 1926 y 1 de julio de 1915, que en síntesis puede establecerse del siguiente modo: la fijación de daños no puede establecerse unilateralmente y en caso en que el consignatario y el porteador no estuvieren de acuerdo sobre el estado en que se hallan los efectos transportados al tiempo de hacerse al primero su entrega, si no se avinieren en el nombramiento de peritos, acudirán al Juez para que los designe y si éstos no estuvieren conformes, el Juez sorteará un tercero. Después de entregarse las mercancías en los almacenes de "Frigoríficos N., S. A.", receptora, el día 10 de mayo por dicha empresa se solicitó al Comisariado Español Marítimo la realización de un peritaje a efectos de precisar los posibles daños que, según aquella, la mercancía había experimentado en el transporte. No se hizo por la receptora "F. N., S. A." ningún requerimiento a mi mandante para que concurriese a peritar los daños y en caso de no avenencia recurrir al procedimiento que establece el artículo 2.126 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (R. de A.)

100. *Prueba. Artículo 1.228 del Código civil.*—Este precepto parte del supuesto con relación al que no haya suscrito las manifestaciones de un determinado documento, de que aquel a quien perjudique se aproveche de él, y en consecuencia carece de aplicación cuando no se acepte por el perjudicado en todo su contenido, que es lo ocurrido en el presente caso, pues rechazar el siniestro lo mismo significa el hacerlo en absoluto con relación a las bases en que se sustenta y consiguientemente en orden a las declaraciones efectuadas al respecto por el asegurado.

Actos propios.—Siendo la esencia vinculante del acto propio, en cuanto es significativo de la expresión del consentimiento, el realizado con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, con exigencia de que originen un nexo causal eficiente entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior, y fundamentado en un comportamiento voluntario excluyente e indubitado, de tal forma que definan de modo inalterable la situación del que lo realiza, carece de esas características la expresada en la mencionada carta de 5 de diciembre de 1979, pues que la misma no revela el reconocimiento de la realidad del siniestro en tal fecha y con las circunstancias que del mismo hizo declaración el asegurado, sino simplemente la manifestación de su no aceptación con causas aducidas que no excluyen la posible también concurrencia de otras de las que no se hizo exclusión alguna.

Contrato de seguro.—Una declaración que no responde a la realidad, o que manifestada no resulte probada, cual sucede en el presente caso, indudablemente supone que los daños sean intencionados, causados o provocados por el asegurado, ya que estas circunstancias se dan no solamente cuando se obra activamente, sino que también cuando se alteran las circunstancias en que el hecho realmente se produjo, con la correspondiente inserción en el epígrafe e) del artículo 3.º de la póliza mediante la cual se concertó el contrato de seguro cuestionado y exclusión a que se contrae el punto cuatro del apartado e) del artículo octavo de las condiciones generales de dicha póliza...

Prueba de presunciones.—Si es cierto que el artículo 1.253 del Código civil puede servir de base para generar casación por tal causa, ha de ser sobre la base de que se evidencie el error invocado, no acreditado según viene dicho en el presente caso, al haber quedado incólumes los aspectos fácticos en que la presunción se base de modo que con su apoyo resulta lógica la solución dada. (Sentencia de 5 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Para comprender los anteriores pronunciamientos basta tener en cuenta que se trataba de un seguro de responsabilidad civil, cubriendo las responsabilidades derivadas de la demolición de un edificio. El asegurado manifestó un siniestro que la aseguradora rehusó amparándose en una causa de exclusión de la póliza.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda del asegurado. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R. de A.)

101. *Cesión del pacto de exclusiva: Alcance y efectos.*—Como cuestión previa al examen del referido recurso interpuesto por don José A. I., inicialmente demandante y reconvenido en la litis en cuestión, es de tener en cuenta que el contenido de la cláusula sexta inserta en el contrato objeto de controversia, y que es la esencia motivadora de la solución dada en la sentencia recurrida, viene concebida en los siguientes términos: «El señor A. L. se compromete a cederle al señor O. S. toda la exclusiva de venta de productos de confitería que tiene contratados en los distintos despachos de pan y puestos de venta de su red comercial en esta capital».

A los mismos fines del meritado recurso formalizado por don José A. L. es de tener en cuenta que, según tiene declarado esta Sala, el pacto de exclusiva determina, en cuanto a la cesión que del mismo haga el cedente, la mera obligación de éste a garantizar al cesionario la existencia y validez de los derechos y consiguiente contrato cedido, pero no a garantizar al cesionario el cumplimiento de los derechos y efectos del convenio por parte del contratante cedido, en cuanto no se produzca pacto expreso al respecto, dado que si, como pone de manifiesto la también sentencia de este Tribunal de 29-10-55, la cláusula de exclusiva, bien agregada a un contrato o ya existiendo de modo autónomo, implica obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del convenio, que puede ser significativo de la obligación de no realizar en favor de otros una prestación para el acreedor, o en la obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja en favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), bien de ambas obligaciones, en todo caso dentro de límites de tiempo y frecuentemente también de espacio, tratándose en consecuencia de un límite en la libre actividad, impuesto a favor de quien recibe, o en favor de quien hace la prestación, o la de ambos.

A la vista de lo expuesto en los dos precedentes considerandos, es de llegar a la solución estimatoria del primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación ejercitado por el precitado don José A. L., fundamentado, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción entonces vigente, en violación, por inaplicación, de los artículos 1.091 y 1.281 del Código civil, y doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, porque si mediante la indicada cláusula sexta del compromiso asumido por el aludido don José A. L. fue simplemente cederle a don Juan Manuel O. S. toda la exclusiva de productos de confitería que tenía concertados en los distintos despachos de pan y puestos de venta de su red comercial en Córdoba, claramente determina la mera obligación del cedente a garantizar al cesionario la existencia y validez de los derechos y consiguiente contrato por parte del contratante cedido, pero no a garantizar al cesionario el posterior resultado de la exclusiva cedida en su efectividad por parte de los destinatarios o de aquellos a quienes habría de alcanzar el resultado de la actividad práctica de la exclusiva, o sea de que ésta, posteriormente, llegase a un buen fin interesante para el indicado cesionario, al no haberse producido pacto expreso al respecto, como consecuencia de ser la exclusiva tan sólo la contratación de una obligación bien con la finalidad de no recibir de terceros una determinada prestación, ya que de no realizarla en favor de terceros, ora de ambas obligaciones recíprocamente, claro es que en el supuesto contemplado el cedente —en este caso don José A. L.— para la acreditación del cumplimiento de su obligación convenida de cesión de la exclusiva que tiene concertada con terceros, le es suficiente revelar que hizo la cesión o transferencia al cedido —en este caso don Juan Manuel O. S.— de ese derecho, así como la realidad de éste en el ámbito temporal y de lugar concertado, que la sentencia recurrida no desconoce haya sido incumplido, como consecuencia de la norma contenida en el artículo 1.529 del Código civil de análogica aplicación conforme al artículo 4.º.1 del mismo cuerpo legal sustantivo, previsor de que el cedente de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito, pero no de la solvencia del deudor, a menos, cual no ha sucedido en el presente caso, que se haya estipulado expresamente o de que fuere anterior o pública, ya que, como proclama la sentencia de este Tribunal de 26-11-82, la cesión del contrato, figura admitida en el ordenamiento jurídico a la luz de la libertad de pactos proclamada en el artículo 1.255 del Código civil, se consolida con el hecho de que una de las partes contratantes se sustituya por un tercero en las relaciones de un contrato por prestaciones sinalagmáticas, si éstas no han sido todavía cumplidas y existen al tiempo de realizarse la cesión, y al no haberlo entendido así la Sala sentenciadora de instancia incide en la denunciada violación, por causa de inaplicación, de los indicados artículos 1.091 y 1.281 del Código civil y sentencias que se citan, respectivamente previsoras de que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», y que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas» y «si las palabras pareciesen contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas», porque siendo el pacto de exclusiva una mera obligación de no hacer que impone la necesidad de una conducta de omisión, determina que para reconocerla incumplida por el que la haya cedido —en este caso don José A. L.— se requiere la acreditación de

una conducta positiva por su parte, no establecida en la sentencia recurrida, en la que lo evidenciado y reconocido es que una vez llevada a cabo la cesión, sin que se manifieste fuere debido a un actuar de dicho cedente, terceros con los que habría de guardar relación la actividad de la exclusiva que no constituyen fuesen dependientes o empleados de dicho cedente, se negaron a colaborar en su efectividad, es decir, concretamente en el supuesto contemplado a posibilitar la venta en sus establecimientos de los productos a que la exclusiva cedida afectaba, pero sin revelación que ello haya sido debido a un comportamiento obstaculizante, tendente a tal fin, del tan repetido cedente, y no al propio actuar del cesionario —en este caso don Juan Manuel O. S.— en la elaboración de los productos de confitería a que la exclusiva cedida alcanzaba, que condujo a que terceros afectados por la exclusiva, o sea, los titulares de los establecimiento a que había de ser destinada para su expedición al público, no aceptasen la mercancía, toda vez que, una vez más sea dicho, y según corrobora la Sentencia de esta Sala de 21-3-62, en el tema de pacto en exclusiva normalmente sólo cabe pedir al concedente de ella un comportamiento activo respecto a los terceros que violen la exclusiva, pero no la de imponer a éstos la obligatoriedad de la recepción de los productos a que afecte o se contraiga, salvo existencia de obligación impuesta al cedente en tal sentido y que en este caso no se acredita producida, ya que en el supuesto contemplado lo que se produjo fue que don José A. L. tenía una exclusiva por consecuencia de la que solamente él, por concesión de cada uno de los establecimientos con los que así se convino, podía vender en ellos productos de confitería, que es lo realmente y en definitiva cedido a don Juan Manuel O. S., en consecuencia fue objeto de la cesión y no consta haya sido incumplido por dicho cedente, porque a partir de ese momento en que esa cesión se produjo se originaba ya una relación directa entre el mencionado cesionario don Juan Manuel O. S. y los titulares de los indicados establecimientos en que el objeto de la exclusiva había de proyectarse que para el tan aludido cedente don José A. L. resultaba ya una «res inter alios acta», dado, reiterando lo expresado, que la obligación de aquél viene limitada a no alterar, con su actividad positiva, la exclusiva transmitida a su favor, cuya efectividad es reconocida por esta Sala en Sentencia de 9-2-65, y el imponerle además la obligación, no convenida, de obligar a los terceros que aceptasen la recepción de la mercancía sería condenarle de forma impropcedente, al cumplimiento de obligaciones no contraídas, infringiendo el contenido del precitado artículo 1.091 del Código civil, según tienen proclamado las sentencias de esta Sala, entre otras, de 9-5-14, 29-4-46 y 9-7-54; y si hay incumplimiento de la secuencia de la exclusiva por parte de los titulares de los establecimientos a que afectaba, por no acceder a la venta en ellos de los productos a que la exclusiva alcanzaba, es al cesionario a quien incumbe defenderlo, mediante el ejercicio de las correspondiente acciones de que se crea asistido con relación a tales titulares de establecimientos incumplidores, como consecuencia de haber quedado subrogado en todos los derechos y obligaciones que incumbían al cedente como resultado de la cesión realizada, pues que dicho cedente cumple con haber dado efectividad a la cesión de la exclusiva y no intervenir en ella con actividades positivas que la alterasen, es decir, compitiendo con el cesionario en los tan repetidos establecimientos a que la exclusiva afectaba, habida cuenta que tan singular exclusiva lo que simplemente impide al cedente, dadas las características en que la cesión se produjo, es competir con esos establecimientos

en el suministro de productos de confitería a que la exclusiva alcanzaba, y esto no lo establece la sentencia recurrida como ocurrido.

Resolución por incumplimiento del artículo 1.124 del Código civil (no ha lugar). Las mismas razones consignadas para llegar a la solución desestimatoria del primero de los motivos que apoyan el recurso interpuesto por don José A. L., conducen a la acogida del tercer motivo que éste basa, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aplicación indebida de los preceptos contenidos en los párrafos primero y segundo del artículo 1.124 del Código civil, interpretado por la doctrina que se cita, toda vez que reconocido que el mencionado don José A. L. no ha sido incumplidor de sus obligaciones en los convenios objeto de controversia, ni concretamente en la cesión de la exclusiva realizada a don Juan Manuel O. S., en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, claro es que se desvanece la no prevalencia que ésta reconoce en orden a la pretensión resolutoria instada por el tan repetido don José A. L., en su escrito de demanda inicial y reiterada en réplica, cobrando todo su vigor al respecto el efecto en contra del demandado-reconviniente de la normativa establecida en el artículo 1.124 del Código civil, por carácter de prioritario y único incumplidor, con relación al precitado don José A. L., en los convenios objeto de controversia, y al no haberle entendido así el órgano jurisdiccional «a quo» notoriamente incide en la aplicación indebida del citado precepto legal sustantivo denunciado como sustentación del motivo que se contempla. (Sentencia de 14 de junio de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—Don José A. L. formuló demanda de mayor cuantía contra Don Juan Manuel O. S. y su esposa Doña María Dolores G. F., sobre cumplimiento de contrato de y otros extremos, alegando: Que por documento privado de 1-2-78 el actor vendió al demandado toda la maquinaria y utillaje de una industria dedicada a la fabricación de productos de confitería. El precio había de pagarse mediante la transmisión por escritura pública del piso séptimo C de la casa número 14 de la calle M., valorado en dos millones de pesetas, imputándose 1.100.000 a la venta de la maquinaria y de la industria y siendo las 900.000 restantes prima y a cuenta de otro negocio. Que en dicho documento se había pactado una opción de compra a favor del demandado sobre el inmueble número 22 de la calle M., por plazo de un año y precio de 8.400.000 pesetas. Si el optante no ejercita su derecho, se obligaba a retirar de dicho inmueble la industria con todo su utillaje, hacerse cargo del personal y Seguridad Social, pudiendo retener el actor 600.000 pesetas de las 900.000 antes citadas, en compensación a la utilización del inmueble durante un año. Que el 3-2-78 fue otorgada escritura de venta al actor del piso séptimo C y en igual fecha el demandado tomo posesión de la maquinaria e industria de confitería. Que dentro del plazo de un año, el demandado ejercitó su derecho de opción de compra, pagando solamente dos mensualidades y dejando de atender los sucesivos vencimientos, por lo que mediante acta de 24-8-79 el actor dio por resuelto el contrato de venta de la casa. El demandante había interpuesto juicio de desahucio sobre el piso séptimo C., siendo desestimada su demanda porque las complejas relaciones desbordaban el ámbito de ese tipo de juicio. Que el actor había conocido que el demandado había intentado introducir en los 25 establecimientos de la red de pan bollería y confitería de baja calidad y que esta mala mercancía

había producido una situación de descrédito para dicha red de pan y consecuentemente para la firma, con graves perjuicios para el actor. El demandado retiene y disfruta un piso vendido en 2.000.000 de pesetas. Además retiene una industria y maquinaria adquiridas en 1.200.000 pesetas. Retiene y disfruta también un edificio valorado según contrato en 8.400.000 pesetas. En base a todo ello, el demandante suplicaba: que se condenase a los demandados a entregarle el piso séptimo C; que se les condenase a la venta y resolución del contrato de opción de compra, así como de la compraventa resultante del ejercicio de dicha opción, y a devolver al actor la casa número 22 de la calle M., que se les condenase a la indemnización de todos los daños y perjuicios causados al actor, a cuyo efecto se señalaban ciertas bases de determinación, así como del deterioro y pérdida de la maquinaria, utillajes y herramientas, y también la depreciación del negocio de confitería que se entregó al demandado en la citada casa número 22.

El demandado solicitó la desestimación de la demanda y formuló reconvencción, por la que pedía: Que se condenase al actor a cumplir la cláusula sexta del contrato, cediendo al demandado la exclusiva de venta en los puntos de su red comercial, así como a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de esta obligación desde el día 1-2-78. Dicha cláusula decía: «El señor A. L. se compromete a cederle al señor O. S. toda la exclusiva de venta de productos de confitería que tiene contratados en los distintos despachos de pan y puestos de venta de su red comercial en esta capital». De forma subsidiaria se solicitaba en reconvencción que se declarase resuelto el contrato de 1-2-78, por incumplimiento por parte del actor, condenando a éste a devolver al demandado todo lo recibido a consecuencia del mismo, así como a otorgar escritura de retroventa del piso séptimo C, así como al pago de los perjuicios ocasionados al demandado, a cuyo efecto se fijaban las bases de determinación de esos perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia había dictado sentencia con el siguiente fallo:

Que estimando en parte la demanda deducida por el Procurador en nombre y representación de Don A. L., contra los cónyuges demandados Don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F., condenó a los demandados: Primero. A que en cumplimiento de lo estipulado en el contrato de uno de febrero de 1978, entreguen al demandante don José A. L. el piso en la calle M, número catorce, séptimo C, entrega que se llevará a efecto en ejecución de sentencia.—Segundo. A que abonen al demandante el precio convenido por la compra del edificio a que se refiere la estipulación séptima del contrato de uno de febrero de 1978, en sus condiciones segunda b) y c) y en lo que falta por pagar, en los mismos plazos y condiciones estipuladas, pero sin computar el período de tiempo transcurrido desde el último pago hasta la firmeza de esta sentencia. Tercero. Para el caso en que tales pagos no sean cumplidos en los plazos que resulten de ese cómputo, se declara resuelto el contrato de opción de compra pactado en la cláusula séptima de dicho documento de uno de febrero de 1978, así como de la compraventa devenida por el ejercicio de dicha opción, y en su consecuencia a que devuelvan y entreguen al actor, el inmueble urbano, número 22 de la calle M. de esta ciudad de ..., lo cual se llevará a efecto por los mismos trámites que el pedimento anterior. Y estimando en parte la reconvencción formulada por el Procurador ... en nombre y representación de los cónyuges demandados don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F., condenó al demandante

don José A. L. a cumplir con la cláusula sexta del contrato cediendo a don Juan Manuel O. S. la exclusiva de venta en los puntos de su red comercial en el plazo de tres meses contados desde la firmeza de esta sentencia. Desestimando el resto de la demanda y reconvenición, todo ello sin especial imposición de las costas causadas en este juicio.

Interpuesto recurso de apelación por ambos litigantes, la Audiencia dictó el siguiente fallo: Que desestimamos el recurso de apelación ejercitado a nombre de don José A. L. y estimando parcialmente el interpuesto a nombre de don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F. y con parcial revocación de la sentencia dictada en los autos origen del rollo de apelación, declaramos resuelto por la estimación de la petición reconvenicional de los demandados, el contrato de uno de febrero de 1978 documentado a los folios uno a tres de los autos, viniendo cada parte obligada, por razón de tal resolución, a devolver a la contraria cuantas prestaciones haya recibido por razón del contrato indicado, acordando la cancelación de la inscripción que en el Registro de la Propiedad número dos de ... causó la escritura pública de tres de febrero de 1978, obrante a los folios dos a nueve de los autos y desestimamos expresamente cuantos pedimentos contiene la demanda, así como el resto de los de la reconvenición; y confirmamos el pronunciamiento de costas de la sentencia recurrida, sin hacer expresa condena de las de apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron recurso de casación las dos partes. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al del actor y no haber lugar al del matrimonio demandado.

En su segunda sentencia, la Sala estimó en parte la demanda y desestimó íntegramente la reconvenición, declarando:

FALLAMOS: Que revocando y confirmando la sentencia dictada con fecha 7-12-1981, por el Juzgado de Primera Instancia número dos de ..., en el juicio de que este recurso dimana, y en su consecuencia estimando en parte la demanda iniciadora de dicho juicio, formulada por don José A. L. contra don Juan Manuel O. S. y doña María Dolores G. F. y desestimando íntegramente la reconvenición planteada por dichos demandados contra el mencionado demandante reconvenido, declaremos: a) Que si en el plazo de tres meses, a partir de la notificación de esta sentencia, no cumple don Juan Manuel O. S. y en lo que le afecte su esposa doña María de los Dolores G. F., las obligaciones que le vienen impuestas por derivación del documento fechado el primero de febrero de 1978, suscrito entre don Juan Manuel O. S. y don José A. L., y concretamente entreguen a éste el piso de la calle M. número catorce, séptimo C y le abonen el precio convenido por la compra del edificio a que se refiere la estipulación séptima del referido documento de primero de febrero de 1978, en sus condiciones segunda, b) y c), y en lo que falta por pagar, en los mismos plazos y condiciones estipulados, pero sin computar el período de tiempo transcurrido desde el último pago hasta la notificación de esta sentencia, quedará resuelto el mencionado contrato reflejado en el indicado documento de primero de febrero de 1978, condenando, en tal caso, al precitado demandado don Juan Manuel O. S. y en lo que le afecte a su esposa también demandada, doña María de los Dolores G. F., como consecuencia de tal resolución, a la devolución y entrega del inmueble, edificio número veintidós de la calle M. de ..., así como de toda la maquinaria, utillaje, útiles y herramientas a que se hace referencia en la estipulación pri-

mera del referido documento, con retransmisión en forma de la escritura pública correspondiente al piso de la calle M. número catorce, séptimo C, siendo de cuenta de los referidos demandados los gastos, impuestos y arbitrios de dicha formalización, condicionada esta retransmisión al pago previo por los demandados del interés normal del dinero en el mercado del precio de dos millones de pesetas en que fue valorado el piso séptimo, C, de la casa número catorce de la calle M. de la ciudad de ..., desde el día primero de febrero de 1979 en que debió entregarlo hasta que lo entregue en forma, el mismo interés normal del dinero en el mercado, del precio asignado en la cláusula séptima del contrato básico de la tan aludida demanda, 8.400.000 pesetas, menos las 900.000 pesetas imputadas al pago del precio del piso referido en el pedimento primero de la expresada demanda y menos 183.332 pesetas abonadas por las mensualidades de febrero y marzo de 1979, a cargo del precio de la compraventa del inmueble número 22 de la calle M. de ..., debiendo pagar dicho interés desde el día de la toma de posesión de dicho inmueble, primero de febrero de 1979, hasta que lo devuelvan mediante su entrega en forma; y b) Condenamos también al precitado demandado don Juan Manuel O. S. y en lo que le afecte a su esposa, asimismo demandada, doña María Dolores G. F., a que indemnicen a dicho don José O. S. el deterioro y pérdida de valor de la maquinaria, utillaje, útiles y herramientas antes referenciados, a determinar a juicio de peritos, así como la depreciación de la industria de confitería que se le entregó radicada en la casa número 22 de la calle M. de la repetida capital de ...; y todo ello a determinar en trámite de ejecución de sentencia; desestimamos las demás pretensiones de la súplica de la demanda en cuanto difieran o no se acomoden a las precedentes declaraciones, así como íntegramente de las instadas por vía de reconvenición, y no hacemos especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia.

NOTA.—Hemos hecho tan extensa versión de los antecedentes porque sin ellos no puede comprenderse el extracto doctrinal reproducido antes. (R. de A.)

102. *Diferencia entre la suspensión de pagos y la quiebra.*—La suspensión de pagos se debe a la insolvencia provisional o relativa del deudor, caracterizándose por el designio de conseguir un acuerdo de los acreedores con el empresario a fin de restablecer la normalidad de los pagos, mientras que la quiebra es causada por una situación de insolvencia definitiva, proponiéndose la liquidación y reparto del patrimonio del quebrado entre sus acreedores.

Autonomía relativa de ambas.—La suspensión de pagos se configura, otras veces, como un estado preliminar que tiende a evitar el procedimiento de quiebra.

Incompatibilidad de las mismas.—Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos son incompatibles cuando la declaración de la primera procede en el caso de haberse incumplido el convenio obtenido anteriormente en la segunda. (Sentencia de 17 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

103. *Declaración de quiebra. Oposición. Carga de la prueba.*—«... precepto el acabado de transcribir (1.029 del Código de comercio de 1829) que claramente pone a cargo del quebrado, no de los acreedores que obtuvieron la declaración de quiebra, la carga procesal de probar la falsedad de los hechos fundamento de la declaración de quiebra o que se halla al corriente de sus pagos, sin que sea

lícito desplazar esa carga a los acreedores, ... para exigirles que prueben ellos el supuesto de la quiebra...». (Sentencia de 12 de noviembre de 1985; ha lugar.)

(A. R. F.)

Declaración de quiebra. Quiebra y suspensión de pagos; Prevalencia.—«... las orientaciones jurisprudenciales ... podrían sintetizarse así: 1) "El art. 871 del Código de comercio hay que relacionarlo con los arts. 2.º, 4.º y 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza de prioridad frente a la quiebra, como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras". 2) La suspensión de pagos merece trato prioritario cuando ha sido solicitada antes de ser practicada "la información testifical imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal por aquellas diligencias preliminares a él"... preferencia que desaparece si al tiempo de presentarse la solicitud de suspensión de pagos "la quiebra, en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida", es decir, "totalmente cumplida" la información testifical y librados los despachos... 3) Por lo que la referencia tiene de ilustrativa es de interés señalar que el Anteproyecto de Ley Concursal busca el consenso y la gestión controlada como soluciones prioritarias y sólo en último extremo da paso a la liquidación del patrimonio del deudor.»

«... Que dada la inmediación de las fechas de los dos procedimientos ni siquiera había sido recibida en su totalidad la información testifical acordada en el proveído de impulso a la primera petición de quiebra y no había dado comienzo la fase preliminar de la segunda en la fecha de presentación por el empresario de la solicitud de suspensión de pagos, a lo que cabe añadir que el general beneficio que entraña ésta, como animada por la obtención del convenio con permanencia de la empresa, no significa obstáculo alguno para la ulterior prosecución de la quiebra de no obtenerse el acuerdo entre acreedores y el suspenso y en las demás hipótesis legalmente previstas...»

Tutela efectiva.—«... El hecho de que el Juez haya paralizado la tramitación de la fase preliminar de la quiebra en tanto penda el procedimiento de suspensión de pagos, ... no significa desconocimiento del derecho a la tutela efectiva proclamado en el artículo 24-1.º de la Constitución ... sino decidir simplemente sobre la tramitación prioritaria entre dos procesos concursales atendidos los datos del supuesto...». (Sentencia de 5 de julio de 1985; no ha lugar.) (A. R. F.)

105. *Responsabilidad del capitán por la carga del buque.*—Es hecho acreditado en la instancia que la carga se hizo en los buques de la entidad recurrida «sin supervisión del capitán u oficialidad del buque», operación de la que no puede exonerar el conocimiento de embarque y hecho que revela el incumplimiento por el capitán de las obligaciones que le impone el artículo 612, número 5.º, del Código de comercio. Y de este hecho se deduce asimismo la responsabilidad del capitán por los daños sufridos por el cargamento, debido en este caso a su propia falta, como resulta del artículo 620, párrafo 1 del citado Código mercantil, y por último del artículo 587 del mismo cuerpo legal resulta la res-

pensabilidad civil del naviero en casos como el ahora contemplado por la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque.

Cláusula de exoneración.—Las circunstancias reveladas hacen evidente que no se halla justificada exoneración alguna de responsabilidad por parte de la entidad naviera, como la consignada en la cláusula séptima de los conocimientos de embarque, ya que aparte de no ir firmados por el cargador, de admitirse una reducción de responsabilidad del naviero, en supuestos como el debatido, se infringen los artículos 1.255, 1.258 y 1.256 del Código civil, al no tener en cuenta los mandatos legales citados del Código de comercio, ni las exigencias de la buena fe y la resultancia lógica de lo pactado, así como que el contrato quedaría entonces al arbitrio de una de las partes. (Sentencia de 6 de mayo de 1985; ha lugar.)

NOTA.—Las cláusula séptima del conocimiento de embarque limitaba la responsabilidad de la armadora a la suma de 500 pesetas por bulto perdido, lo que condujo a que la Audiencia hubiera condenado a la naviera en la suma de 3.500 pesetas, mientras que el Juzgado había impuesto la responsabilidad en 367.673 pesetas.

El Tribunal Supremo, al estimar el recurso y condenar en su segunda sentencia al pago de suma similar a la del Juzgado, se está manifestando contra la admisibilidad de la cláusula de —más que exoneración— limitación de responsabilidad.

Echamos de menos, en este sentido, alguna mayor argumentación al respecto, que acaso habría tenido cabida —sin excluir por principio la validez de tales cláusulas— aduciendo que en el capitán concurrió *culpa lata* equiparable al dolo.

(R. de A.)

III. DERECHO PROCESAL

106. *Diligencias preliminares de juicio.*—Se ha incurrido en evidente extralimitación al conminar al requerido con la posible imputación de un delito de desobediencia, cuando tanto la sentencia firme como la providencia que acordó la ejecución se concretaron con la mayor rotundidad a un apercibimiento indemnizatorio, con lo que es claro que la negativa del requerido no tendría más trascendencia que la puramente patrimonial, solución a todas luces correcta, sin llevar al proceso civil valoraciones propias del ámbito punitivo.

A pesar del estrecho cauce en que esta resolución recae, no es ocioso recordar que según se infiere de lo dispuesto en el artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así lo entiende sin discrepancia la doctrina, se haya seguido o no el proceso incidental por haber surgido oposición del requerido, no cabe coacción directa o medida de ejecución material para que la exhibición o presentación se realice, por lo mismo que la diligencia preliminar no cambia su naturaleza aun en la segunda hipótesis, y por tratarse de un hecho personal se opera la sustitución por vía indemnizatoria de los posibles daños y perjuicios, en debida correspondencia con el supuesto más general del artículo 924, lo que en consecuencia determina que ni cabe el cumplimiento coactivo ni es posible medio alguno de apremio o coercitivo distinto del indirecto representado por esa posible condena al resarcimiento del quebranto ocasionado. (Sentencia de 25 de septiembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Por don A. se promovieron diligencias preliminares de juicio para que se requiriese a don X a fin de que exhibiese cuantos documentos se referían a una determinada empresa, a lo que se opuso el requerido. El Juzgado dictó sentencia accediendo al requerimiento, que apelada por el requerido fue confirmada por la Audiencia Territorial.

En ejecución de dicha sentencia, el Juzgado dictó auto por el que desestimaba el recurso de reposición entablado por el requerido contra providencia recaída en dicha ejecución. Interpuesto por el requerido recurso de apelación contra dicho auto, la Audiencia Territorial dictó otro por el que se estimaba en parte el recurso, en el solo sentido de dejar sin efecto el requerimiento al requerido para que presentase ante el Juzgado las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio correspondientes a los cinco años anteriores, confirmando en lo demás el auto recurrido.

Entablado recurso de casación por el requerido, el Supremo declara haber lugar al recurso en cuanto que el auto recurrido mantenía el de Primera Instancia en el extremo en que este último decía que «de no verificarlo (aportar el requerido los documentos en cuestión) podrá incurrir (el requerido) en el delito de desobediencia a los mandatos judiciales». Sobre esto es sobre lo que la sentencia que extractamos razona, con la interesante doctrina que hemos reproducido.

(R. de A.)

107. *Cuestión de competencia por inhibitoria.*—La sumisión expresa de las partes, realizada en forma, constituye la regla fundamental en materia de competencia territorial, razón por la cual y habida cuenta de que en el caso aquí contemplado la cláusula de la nota de pedido en la que se pacta la sumisión a los Juzgados y Tribunales de Elche, si bien impresa en el reverso de la misma, aparece, juntamente con el resto del condicionado de la referida nota, claramente anunciado en el anverso y con la firma del demandado y promotor de la presente cuestión, formando la totalidad de la nota un conjunto armónico que pudo haber sido fácilmente apreciable por el comprador al suscribir el pedido... (Sentencia de 14 de noviembre de 1984.)

NOTA.—En la sentencia se declara la competencia del Juzgado de Elche (y no del de Zaragoza), pero debe tenerse presente que el tercer considerando de la resolución original que tenemos a nuestra disposición dice por error «Juzgados y Tribunales de Zaragoza», cuando tenía que decir «de Elche», lo que puede conducir a grave desorientación si no se advierte ese error. (R. de A.)

108. *Cuestión de competencia por inhibitoria.*—Las pretendidas cláusulas estampadas en el reverso del documento de pedido, en cuyo párrafo final aparece la tal cláusula sumisoria, no aparece suscrita por el interpelado comprador, que si bien estampa su firma en el documento en su anverso, en el mismo no se hace referencia alguna al clausulado constante a la vuelta o reverso del mismo. De aquí que no pueda estimarse que existe sumisión expresa. (Sentencia de 28 de noviembre de 1984.)

NOTA.—Es lástima que de la sentencia no se desprenda con claridad si la cláusula de sumisión existía o no, pues la redacción del único considerando deja lugar a dudas, pero parece claro que el razonamiento del Tribunal es válido aun para el caso de que la sumisión se hubiese establecido en la forma que la resolución menciona (al reverso y sin firma). (R. de A.)

109. *Cuestión de competencia por inhibitoria: Divorcio.*—La Sala se atiene a la competencia territorial del Juez de la residencia de la demandada, pues el último domicilio conyugal fue en el extranjero, lo que impide el «ius electionis» del demandante. (Sentencia de 7 de diciembre de 1984.) (R. de A.)

110. *Cuestión de competencia por inhibitoria.*—En esta sentencia, la Sala hace una magnífica síntesis de la doctrina contenida en abundantes resoluciones, de la que se desprende que la sumisión a otro Juzgado «es cláusula que habrá de constar de manera clara y explícita, y no es válida cuando no aparece en ella la firma de los interesados o de alguno de ellos». A cuyo efecto se mencionan diversas fórmulas comerciales no constitutivas de válida sumisión.

Comienzo del cumplimiento de la obligación.—A mayor abundamiento, la Sala recuerda su doctrina de que allí donde comenzó a cumplirse la obligación de pago habrá de ser satisfecha la parte restante del precio, si no consta la sumisión con entera claridad. (Sentencia de 30 de noviembre de 1984.) (R. de A.)

111. *Acumulación de autos: No son acumulables los juicios ordinarios que estén conclusos para sentencia, ni aun al proceso de quiebra.*—Es doctrina de esta Sala que no son acumulables los juicios ordinarios que estén conclusos para sentencia, ni aun al proceso de quiebra, con mayor razón aún cuando, como en el caso que se examina ocurre, se ha dictado sentencia que adquirió firmeza y cuya ejecución se acordó antes de recaer auto de declaración de quiebra en tal proceso universal, sin que pueda accederse como el Letrado de la empresa quebrada pretende a la existencia de un expediente de suspensión de pagos, tanto porque no constan en autos fechas de declaración de la misma como por cuanto el expediente fuese desistido, según resulta de testimonio remitido por el Juzgado número 4 de los de Madrid. (Sentencia de 25 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio A. B. había formulado ante el Juzgado de Primera Instancia de Benavente demanda de mayor cuantía contra «Construcciones V., Sociedad Anónima», sobre reclamación de cantidad, dictándose sentencia estimatoria de la demanda. Declarada la quiebra voluntaria de esta última empresa por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, por auto de 27-5-83 se acordaba por éste la acumulación al juicio universal de todas las ejecuciones y entre ellas la dicha del Juzgado de Benavente. Y como este Juzgado se opusiera a la acumulación y ambos Juzgados insistieran en sus pretensiones, se elevaron los autos a la Sala Primera, que emitió la doctrina mencionada. (R. de A.)

112. *Notificaciones del artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*—Se reputa bien hecha cuando en ella figura el nombre de quien recibió la cédula, como su ocupación —la de conserje del edificio— y, por tanto, su relación con el citado presunto inquilino del piso, omitiéndose tan sólo el estado civil del conserje, que, obviamente, ni tenía influencia en la citación, ni su omisión puede ser considerada tan grave como para ocasionar la nulidad de un acto de comunicación, ya que tal circunstancia no tiene otra finalidad que la de la identificación de la persona que recibe la cédula. (Sentencia de 29 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

113. *Prueba pericial caligráfica.*—El informe pericial caligráfico, por su propia esencia y naturaleza, ha de llevarse a cabo en consideración a documentos originales y no a fotocopias, por lo que es plenamente acertada y correcta la solución a que llegó el Magistrado-Juez que conoció en la fase de trámite del juicio de que dimana este recurso de declarar impertinente el aludido medio probatorio a causa de los términos en que viene fundamentada su proposición. (Sentencia de 3 de diciembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de un recurso de casación por quebrantamiento de forma, formulado en autos en que el actor había solicitado prueba pericial caligráfica sobre un documento fotocopiado. La sociedad demandada se opuso a la admisión de esta prueba, y subsidiariamente planteó el siguiente extremo ampliatorio: «Si un estudio caligráfico verificado sobre fotocopia no puede merecer la misma seguridad que si se hubiera practicado sobre documentos originales y que en su consecuencia no se podrá emitir un dictamen concluyente sobre las firmas fotocopiadas». El Juzgado declaró impertinente la prueba pericial caligráfica propuesta.

NOTA.—Nos parece que es acaso un tanto exagerado afirmar que es *esencia* y *naturaleza* de la pericial caligráfica el que haya de llevarse a cabo sobre documentos originales, de forma que sea *impertinente* la propuesta sobre fotocopias. Sin entrar en la cuestión acerca de la mayor o menor relevancia que habría de tener el documento dubitado en el fondo del asunto, y desde luego reconociendo —sin necesidad de ser experto en la materia— que una pericia caligráfica sobre fotocopia ofrece menos garantías que la hecha sobre el original, estimamos que si la exactitud de la fotocopia quedara plenamente probada —es decir, si no fuera dudoso que la copia coincidía absolutamente con el documento original, salvo las limitaciones o inevitables infidelidades que ese medio de reproducción supone, por cierto muy pequeñas si se trata de un aparato de adecuada calidad—, puede ser excesivo declarar *impertinente* la prueba, habida cuenta de que en suma es el Juez quien debe apreciar libremente el resultado de la prueba practicada, y por ello determinar el valor probatorio de la pericia caligráfica sobre fotocopia, que puede llegar a ser notable si, por ejemplo, concurre con otros elementos de prueba en manos del juzgador. (R. de A.)

114. *Prueba. Artículo 1.228 del Código civil.*—Los «asientos», registros y papeles» de dicho precepto son, como dicen las sentencias que se citan al efecto, aquellos que «se forman y conservan por uno solo de los interesados». Y además, lo que dispone dicho artículo es que si hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos también en la parte que le perjudique, exigiendo la norma, por lo tanto, la indivisibilidad del conjunto, normativa que nada tiene que ver con lo argumentado en el motivo.

Prueba: Apreciación por el Juzgador de Instancia.—Es constante doctrina de la Sala la de que debe predominar la interpretación dada por el Juzgador de la Instancia, frente a la particular e interesada del recurrente y a salvo los casos en que aquélla se acredite que es ilógica, contradictoria o que vulnera algún precepto de la Ley. (Sentencia de 11 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

115. *Prueba de presunciones.*—Como viene declarando reiteradamente esta Sala, la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil, entre el hecho básico y el deducido o el que se pretende deducir,

por estar sometido únicamente a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de Instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda. (Sentencia de 26 de junio de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

116. *Ratio decidendi y obiter dicta*.—Las infracciones de fondo, objeto de denuncia en casación, no pueden fundarse en las consideraciones que la sentencia recurrida formule de modo complementario o hipotético, sin constituir la razón decisiva y determinante del fallo. (Sentencia de 18 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

117. *Congruencia*.—Las sentencias absolutorias no son incongruentes, salvo excepciones, en las que no se encuentra comprendida la aquí recurrida, por cuanto las sentencias absolutorias resuelven todos los temas planteados sin necesitar la específica y concreta indicación de cada uno de ellos.

En cuanto a la denuncia del número 4.º del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «para que esta incongruencia surja es preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos argumentos básicos del fallo (Sentencias de 29 de octubre y 7 de diciembre de 1981, 24 de mayo de 1982 y 27 de julio de 1983). (Sentencia de 12 de julio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

118. *Separación conyugal: Congruencia. «Ius novit curia» y causa de pedir*.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la de que, «al no poder el juzgador resolver más cuestiones de hecho y de derecho que las que las partes le someten a su conocimiento, es obligado observar el requisito de adecuación entre lo pedido y lo otorgado que exige el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cuando hay discrepancia entre lo resuelto y lo que ha sido objeto de debate se incide en incongruencia, siendo preciso para inferir esa conformidad o derivación atenerse al contenido de las pretensiones por razón del objeto del proceso, o sea, del bien que se reclama o niega y por razón de la causa de pedir o los fundamentos de la pretensión misma, por lo que no es lícito al Juzgador modificar la citada causa de pedir».

Si bien el principio «ius novit curia» autoriza al Juez a aplicar las normas que estime procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones sin incurrir en incongruencia, ello es así si se atiende a las cuestiones de hecho y de Derecho que los litigantes someten a su conocimiento, sin que pueda alterarse la causa de pedir.

La situación de congruencia viene determinada porque entre la parte dispositiva de una relación jurídica (creemos que debe decir «resolución judicial») y las pretensiones oportunamente deducidas existe la máxima concordancia y correlación con orden a lo que atañe al elemento objetivo en torno al que gira la controversia, de tal suerte que los Tribunales ajustarán su decisión a los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos y a la acción que se hubiere ejercitado, sin que por tanto sea lícito modificar unos u otras, ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, al requerirse cumplir con el principio en la materia de que «sententia debet essere conformis libello». (Sentencia de 7 de junio de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—El caso versaba sobre la demanda de separación entablada por la esposa por las causas de malos tratos e injurias graves, y la sentencia recurrida, al confirmar la del Juzgado, acuerda dicha separación razonando en su Considerando único que lo hace con fundamento en la causa «constituida por la quiebra de la vida conyugal o vida en común demasiado difícil derivada de una ausencia de respeto y afecto que debe presidir las relaciones matrimoniales, entendiendo que las contenidas en el referido precepto (art. 105 del Código civil, en su redacción anterior a 1981) no pueden interpretarse como *numerus clausus*».

La Sala, pues, estima el recurso porque entiende que el Juzgado de instancia alteró la causa de pedir, estimando una causa de separación que no había sido alegada por la parte, y consiguientemente no había podido ser objeto de debate, con lo que además colocó en un estado de indefensión al demandado. (R. de A.)

119. *Contrato de obra: Incongruencia (no existe)*.—Alega el recurrente que «si la demanda pidió que se condenara al demandado —él mismo— a la suma que en la ejecución de la sentencia se determinará», es incongruente el fallo que hace caso omiso de tal petición y condena al pago de cantidad determinada sin haberse pedido que esto se hiciera. Y dice la Sala que el motivo debe ser desechado pues, en efecto, la pretensión deducida en la demanda no es otra que la de condena al demandado al pago de la cantidad que acreditadamente exprese el precio del exceso de obra ejecutado en el edificio propiedad del demandado; y es claro que si el importe del precio de las obras ejecutadas en exceso pudo ser fijado durante el juicio, carecía enteramente de sentido el deferir la fijación de su montante a la fase de la ejecución de la sentencia. Acreditándose perfecta congruencia entre lo pedido y lo dado.

Reserva de acciones en sentencia: Incongruencia.—El recurrente invocaba incongruencia puesto que la sentencia recurrida «declara expresamente que debe condenar y condena al demandado a pagar una cantidad determinada al mismo tiempo que reserva a dicho demandado las acciones que pudieran corresponderle, lo cual significa una evidente contradicción».

La Sala desarticula este motivo diciendo: A) Que el propio recurrente optó, antes de reconvenir al actor, por «reservarse las acciones para otro momento» y así solicitó en el escrito de contestación que, al ser desestimada la demanda, se acompañara tal rechazo «con reserva para esta parte de las acciones civiles pertinentes en aquello que consideramos crédito a nuestro favor». B) Que es doctrina constante de esta Sala que en cuanto aspecto de la legitimación de las partes y manifestación del interés en obrar, ya se le conceptúe presupuesto procesal, bien elemento subjetivo del derecho sustancial o como una condición de la acción, la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o a quien, siendo tercero, quede alcanzado por los efectos de la cosa juzgada. C) De otra parte, pronunciamientos contradictorios en el sentido y a los fines del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo son únicamente aquellos que no pueden ser ejecutados todos por excluirse mutuamente de tal suerte que al ir a cumplirse alguno o algunos se impide la efectividad merecida por uno u otros, procediendo en ese supuesto, que es el del precepto y su «ratio», la elucidación de los que hayan de permanecer y la erradicación de los que por su inviabilidad han de ser suprimidos. D) Por fin, es sabido que la reserva de de-

rechos nada añade ni quita a aquel a quien se refiere, por lo cual no es pronunciamiento que pueda ser combatido en la vía de los recursos. (Sentencia de 24 de mayo de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

120. *Congruencia*.—La congruencia no requiere un rígido acomodo a la literalidad de lo suplicado, ni exige que la sentencia acoja, explícitamente, una a una las peticiones formuladas, cuando es patente la acogida y el rechazo de las respectivas postulaciones de las partes por el Juzgador, cuya decisión tampoco es censurable a título de contradictoria, ya que conforme a la doctrina de este Tribunal de 25 de mayo de 1984, sólo son pronunciamientos contradictorios en el sentido y a los fines del artículo 1.692, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellos que no pueden ser ejecutados por excluirse mutuamente, de tal suerte que el cumplimiento de alguno o algunos impide la efectividad de otro u otros... (Sentencia de 30 de noviembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

121. *Tasación de costas: Honorarios de Letrado por preparación de informe para la vista del recurso de casación, no emitido por causa ajena a la voluntad del Abogado*.—En la tasación de costas a que se refiere para impugnarla por indebidos la parte recurrente en las actuaciones de que este trámite dimana se incluye una partida como honorarios del Letrado de la parte recurrida por el concepto de preparación de informe para la vista del recurso de casación cuestionado, sin incluir la emisión propiamente dicha del informe por no haber podido a última hora asistir a dicho acto por haber sufrido momentos antes una conmoción cerebral por accidente de circulación que le inhabilitó para informar, consecuentemente a la preparación que el mismo Letrado había efectuado a tal fin; dados estos presupuestos fácticos y toda vez que la causa que imposibilitó a aquél para concurrir a la vista fue ajena a su voluntad es procedente por equitativo aprobar la inclusión con las costas de sus honorarios por un importe de treinta mil pesetas por el expresado concepto de preparación para informe de vista. (Sentencia de 21 de junio de 1985; procede la aprobación de la tasación de costas.) (R. de A.)

122. *Alcance de la ejecución de sentencias extranjeras*.—Las reglas de los artículos 951 y 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre ejecución judicial de sentencias extranjeras, no permiten a los Tribunales españoles hacer declaraciones de fondo sobre extremos de la resolución para cuyo cumplimiento han sido requeridos, criterio que se infiere de los artículos 6 y 10 del Convenio Hispano-Francés de 28 de mayo de 1969 en orden a la ejecución y reconocimiento de resoluciones judiciales (Auto de 13 de octubre de 1984; no ha lugar.) (M. Z. R.)

123. *Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por tribunal de Alemania Federal*.—El proceso de divorcio del matrimonio contraído por la solicitante (española) con el súbdito alemán H. W. S., residentes ambos en la ciudad de... (Alemania Federal), se ha sustanciado con la conformidad expresa del esposo producida en acta de notoriedad otorgada ante el Cónsul General de España en M., cumpliendo los requisitos exigidos por los artículos 951 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que se trata del ejercicio de una acción personal, que no ha sido dictada en rebeldía, no contraviene el régimen jurídico español, visto el artículo 107 del Código civil, estando revestida de auten-

tividad y habiendo adquirido firmeza, visto el favorable dictamen del Ministerio Fiscal, procede acordar su ejecución en España, en la forma y términos... (Auto de 11 de julio de 1985; ha lugar.) (R. de A.)

124. *Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal francés.*—Se aplica el Convenio de 28 de mayo de 1969, otorgado por el Gobierno español y el de la República Francesa sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y arbitrales en materia civil y mercantil, por lo que se estima del caso conceder el correspondiente *exequatur* para dar efectividad a la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de 6 de marzo de 1961. (Auto de 12 de julio de 1985; ha lugar.) (R. de A.)

125. *Recurso de casación por infracción de ley: Los preceptos procesales no son aptos para fundarlo.*—El motivo único del recurso se formula «por infracción de Ley y de doctrina legal concordante, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del número 3 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar la excelentísima Audiencia Territorial de Las Palmas en su sentencia la falta de personalidad en los Procuradores que representan a la demandada y apelante doña Pierrete Marie E. G. y debe ser rechazado por ser doctrina reiterada de esta Sala la de que los preceptos procesales no son aptos para fundar sobre su infracción un recurso de casación por infracción de Ley sino por quebrantamiento de forma, siendo así que el recurrente menciona como infringido el artículo 533, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la falta de personalidad del Procurador, que relaciona con la insuficiencia y falta de legalización del poder del mismo, por lo que tal motivo debió dar lugar a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, y así parece entenderlo la misma parte recurrente cuando en la súplica de su recurso solicita expresamente que se devuelvan las actuaciones a la Audiencia Territorial de Las Palmas para que entre a conocer del fondo del asunto, medida ésta únicamente posible en un recurso por quebrantamiento de forma, por todo lo cual procede la expresada desestimación del motivo único formulado por la recurrente. (Sentencia de 21 de diciembre de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

126. *Quebrantamiento de forma: Requisitos.*—Según reiteradas declaraciones de esta Sala, el carácter eminentemente formalista y excepcional del recurso de casación por quebrantamiento de forma exige, como presupuestos que lo hagan viable, además de la invocación del correspondiente número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la resolución origen de la infracción, contra la que han de haberse agotado los recursos legales, la cita concreta del precepto legal o principios procesales cuya inobservancia determina la falta de un esencial requisito de forma y, en su caso, la indefensión producida; requisitos incumplidos en el recurso que se examina, ya que si bien se menciona el ordinal segundo del artículo 1.693 de la Ley Adjetiva, en absoluto se cita precepto legal alguno de orden procesal inobservado.

Sin que por otra parte el recurrente agotara los recursos legales a su disposición, dado que no obstante estar personado en los autos y tenido por parte, ni articuló en su tiempo excepciones de tipo alguno, ni como dilatorias ni como perentorias, al tiempo de contestar la demanda, trámite que no evacuó a su tiem-

po, pretendiendo articularlas, de forma interesada y hábil, pero extemporánea, en su escrito de súplica, con olvido de lo dispuesto en el artículo 535 de dicha Ley, de aquí que lejos de agotar los recursos legales provocara con su actuar su propia indefensión, al pretender, tardíamente, hacer uso de unas excepciones para cuya articulación habían precluido los plazos que la ley le confiere. (Sentencia de 9 de abril de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

127. *Quebrantamiento de forma: Diligencia exigible a la parte en la prueba testifical propuesta por ella.*—La Sala examina si por parte del demandante, que había propuesto cierta prueba testifical, que le había sido admitida, había desplegado la diligencia exigible para la práctica de la misma, examinando sobre todo si le era procesalmente posible el postular, desde el inexistente o no comprobado supuesto de «testigo inobediente sin justa causa», del párrafo 2.º del artículo 643 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los apremios procesales para obligar a los testigos de su especial interés a que comparecieran conforme a la segunda citación que efectivamente instó, practicándose nuevas citaciones anticipadamente inútiles dada la ausencia de los testigos y también igualmente defectuosas, ya que ni se documentó la negativa de la persona que se había hecho cargo de la cédula dirigida a uno de los testigos ni se entendió la segunda con persona alguna que se encargase de hacerla llegar al otro testigo. (Sentencia de 1 de junio de 1985; ha lugar.) (R. de A.)

128. *Subsanación de la falta en el proceso.*—«... según el artículo 1.750, en relación con el 1.754 y el número 4 del 1.752, todos de la Ley de Enjuiciamiento, en el escrito en que se formalice el recurso por quebrantamiento de forma, es necesario expresar, no sólo el caso o casos del artículo 1.693 en que se funde, sino también las reclamaciones que se hubieran hecho para obtener la subsanación de la falta, o que fuese imposible hacerlas, conforme a lo prevenido en los artículos 1.696 y 1.697, el primero de los cuales considera indispensable que se haya pedido la subsanación en la instancia en que se cometió y si hubiera ocurrido en la primera, que se haya reproducido en la segunda, según lo prevenido en el artículo 859... la posibilidad de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en segunda instancia, sin duda admitida por la ley, no exime de la previa reclamación de subsanar la falta, salvo en el supuesto del artículo 1.697 de la Ley de Enjuiciamiento, es decir, cuando se hubiese cometido en momento en que fuera ya imposible reclamar contra ella...».

Necesidad del reconocimiento judicial.—«... el artículo 1.240 del Código no contiene ningún precepto imperativo de forzosa aplicación, al limitarse a establecer el fundamento, finalidad y razón de ser del medio probatorio, que será eficaz cuando claramente permita al Tribunal apreciar —por las exterioridades de la cosa inspeccionada— el hecho que se trate de averiguar, marcando, pues, las circunstancias en las que debe utilizarse para que tenga eficacia... lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 633 de la Ley de Enjuiciamiento, permitiendo el reconocimiento judicial cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario que el Juez examine, por sí mismo, algún sitio o cosa litigiosa, requiriéndose, por tanto, la necesidad, no bastando la simple utilidad, interés o conveniencia, cuya apreciación corresponde únicamente al Juez que debe prevalecer, de acuerdo con la reiterada doctrina legal, mientras no se acre-

dite de manera objetiva que es necesario para obtener un resultado decisivo que no pueda conseguirse con otros medios probatorios..., lo que en el caso examinado no se logró evidenciar.» (Sentencia de 29 de junio de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

129. *Recurso de revisión. Plazo de interposición.*—«... que no puede entenderse dentro del plazo legal, puesto que no es de tener en cuenta, ... la interrupción alegada durante el proceso penal o diligencias de ese orden promovidas... por medio de denuncia de falsedad en documento público, que concluyeron sin declaración alguna de la falsedad... Actuaciones que se causaron más de tres meses antes de presentar el escrito de revisión ... y toda vez que el plazo indicado lo es de caducidad, que no admite más causas de interrupción que la prevista en el artículo 1.804 sobre la base de interponer previamente el recurso en cuestión y seguidamente la cuestión, cuya decisión determinante de la procedencia de aquél, compete a la jurisdicción de los tribunales de lo criminal, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento de revisión hasta que la acción penal se resuelva por sentencia firme; ... Y la misma conclusión... se obtiene no examinando la otra causa alegada... sobre aparición de documentos decisivos, hecho ocurrido, ... el 28 de julio de 1983, por tanto muy posterior también a la fecha del 22 de enero de 1982 que lleva la sentencia cuya revisión se insta...

Maquinación fraudulenta.—«... y frente a esta doctrina y sin atenerse a ella se alega como supuesta maquinación fraudulenta que, habiendo sido declarada en rebeldía la parte demandada en el juicio de cognición expresado, hizo alegaciones y propuso pruebas con posterioridad, lo que no sólo no constituye anomalía alguna desde el punto de vista procesal, sino que ocurre dentro del pleito y puede enmarcarse en las actuaciones que la Ley permite al demandado aun después de declarado en rebeldía ... puesto que lo único que prohíbe la Ley es que se retrotraiga el proceso una vez comparecido el declarado rebelde; ... así como tampoco las irregularidades que se alegan en cuanto a la interposición del recurso de apelación, las que previo proceso penal concluyeron sin declaración alguna de falsedad ni otro delito fueron archivadas, y no puede, ... constituir tampoco causa de revisión y menos como ajena al proceso, ... puesto que precisamente con base en haberse interpuesto el recurso de apelación fuera de plazo el Tribunal de apelación confirmó la sentencia recurrida...»

Documentos esenciales.—«... tal documento no es susceptible de originar el efecto pretendido, ya que la circunstancia de hallarse unido a otros autos no constituye fuerza mayor alguna que retenga indebidamente el documento en cuestión, el que por los medios de auxilio judicial que la Ley regula pudo ser traído al juicio que trata de revisarse, ello aparte de que no consta que el documento sea decisivo para la justa resolución de la litis, que en todo caso no estuvo oculto, ni gestionó su aportación diligentemente quien instó el proceso revisorio; tampoco puede encuadrarse en el número 2 del artículo 1.796 en cuanto que no concurre el requisito esencial que este precepto exige de haber sido reconocido o declarado falso o cuya falsedad se reconociere o declarare después.»

Confesión judicial (irregularidades).—«... las manifestaciones hechas durante la vista ... de que se cometieron irregularidades en la práctica de la prueba de la

confesión judicial ... supuestas irregularidades que no derivan del examen de autos, que no fueron protestadas en el momento de producirse y que han quedado reducidas a simples alegaciones sin prueba, por tanto ineficaces a los efectos de acceder a una nulidad de actuaciones; impropia del trámite en que se propuso; lo que no obstaría en su caso, para adoptar las medidas conducentes a la subsanación de las pretendidas irregularidades... y que se reitera no han quedado comprobadas en lo actuado. (Sentencia de 11 de octubre de 1985; no ha lugar.)

(A. R. F.)

130. *Arbitraje de equidad. Recurso de nulidad.*—Se reitera la doctrina de que la emisión tardía del laudo lo vicia de esencial nulidad, por haber cesado la potestad del árbitro para proceder a la composición del conflicto al no haber observado el término que le fue contractualmente fijado para desempeñar su cometido; de que en el cómputo no se excluyen los días inhábiles; y que si mediare prórroga ambos lapsos temporales habrán de ser adicionados para formar uno solo sin solución de continuidad. (Sentencia de 6 de diciembre de 1984; ha lugar.)

(R. de A.)